هداية (مع شرحها) الكفاية

فى المسائل الفقهيه ودلائلها النقلية والعقليه

قد اهتم بطبعهما معا مع بذل الجهد في حسن ترتيبهما وتصحيحهما

خادم العلماء مهين الاطباء

عبد المجيد

عفا عنه الله الوحيد

امتثالا لامر كميتي اف پبلك انستركشن

اي الشورى التعليمية

باعانة العلماء الاعلام والفضلاء الكرام حفظهم الملك المنعام

قاضى القضاة محمد عباس علي خان والمولوي بديع الدين والمولوي سليمان واجي المولوي عبد الله

والمولوي محمد علي والمولوي احمد حسين والمولوي حبيب الرحمن والحكيم عبد الله

فى الكلكته

فى المطبع الطبي بمحلة تال تلا علامة ٣٦

جلد ٢

سنه ١٢٥٠ هجرى

فهرس الهداية والكفاية

المجلد الثاني

كتاب الطلاق ١٤٠

كتاب العتاق ٣٩٨

كتاب الايمان ٤٧٣

كتاب الحدود ٥٦٩

كتاب السرقة ٦٤٨



كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة

كتاب النكاح

النكاح في اللغة الضم ثم يستعمل في الوطئ لوجود الضم فيه والعقد لانه سببه وهو لا يوجد الا بركنه من اهله مضافا الى محله كسائر العقود الشرعية فالركن هو الايجاب والقبول واهله من هو اهل سائر العقود ومحله ما هو بل لحكمه وحكمه الملك والحل والتوالد والتناسل من المقاصد وهو افضل من التخلي لنفل العبادة وقال الشافعي رحمه الله التخلي افضل الا ان تتوق نفسه الى النساء ولا يصبر على التخلي لان النكاح من المعاملات حتى يصح من الكافر والعبادة اقوى من المعاملة لان العبادات شرعت لله تعالى والمعاملات شرعت لنا ولنا قوله عليه السلام من كان على ديني ودين داؤد فليتزوج وان لم يجد اليه سبيلا فليجاهد في سبيل الله فجعل النكاح من الدين وقدمه على الجهاد وقد نهى رسول الله عليه السلام في التزوج الى العدد

وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل

المشروع له وقد اشتغل بهن عن التخلي للعبادة فثبت انه افضل من التخلي لانه عليه السلام كان يجتهد لسلوك افضل طريق الدين وقدهم قوم بالتخلي لعبادة الرحمن وطلاق النسوان فرد عليهم النبي عليه السلام بقوله تناكحوا توالدوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيمة فهذا الامر لا يخلو اما ان كان للوجوب كما هو حقيقته اولم يكن فان كان للوجوب ظهر رجحانه على النوافل لان الواجب راجح على النفل اجماعا وان لم يكن للوجوب يكون للسنة اذ الندب والاباحة انتفى بقوله عليه السلام النكاح من سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني والسنة راجحة على النفل اجماعا فان قيل النكاح سنة عندي اذا تاقت نفسه اليهن قلنا انه عليه السلام جعل سنة مطلقة لا مقيدة كما زعمت فان قيل الله تعالى مدح يحيى ع م بكونه سيدا وحصورا وهو لا يأتي النساء مع القدرة فلو كان النكاح افضل لما استحق المدح به قلنا في النص اشارة الى ان التخلي للعبادة والصبر عن النساء ممدوح ونحن لا نذمه لكنا نقول النكاح باقامة شروطه افضل منه ويحتمل ان العزلة كانت افضل من العشرة في تلك الشريعة ثم نسخ في شريعتنا وصارت العشرة خيرا من العزلة ولانه يشتمل على المصالح الدينية والدنيوية كحفظ النساء والقيام عليهن بالانفاق وصيانة نفسه عن الزنا وتكثير عباد الله وامة الرسول ع م وتحقق مباهاته وهو فرض عين عند اصحاب الظواهر وفرض كفاية عند بعض اصحابنا كما لجهاد لظاهر الاوامر الواردة فيه •

قوله وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان النكاح انشاء تصرف والانشاء اثبات امر لم يكن وهو يعرف بالشرع لانه لم يوضع بازائه لفظ خاص فيستعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضي في الانشاء رفعا للحاجة وانما خص به لانه يستدعي سبق المخبرية ليكون الكلام صحيحا حكمة وعقلا فصار الوجود حتا له مقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذي يلازمه الوجود •

مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح و الواحد يتولى طرفي النكاح على مانبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظة النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز

قوله مثل ان يقول زوجني اي يقول الخاطب لولي المرأة زوجني ابنتك اوللمرأة زوجني نفسك فيقول زوجتك وهذا ليس بشطر الانعقاد بالماضي والمستقبل حقيقة لان قوله زوجني توكيل فلا يكون شطر العقد ويكون قول الوكيل زوجت بمنزلة شطري العقد لكن كون قوله زوجت بمنزلة شطري العقد لا يتحقق الا بقوله زوجني فلذلك مثل به و نظيره قول الرجل اتزوجك بكذا فقالت تزوجت اوفعلت **قوله** لان التمليك ليس حقيقة فيه اي في النكاح لانها لوكانت حقيقة فيه لكانت موضوعة له و يفهم بها ما فهم به كالاسماء المترادفة و ليس كذلك و المجاز لا يكون الا بمشاكلة في المعاني المختصة ولم يوجد اذ التزويج هو التلفيق والنكاح الضم وليس فيهما مايدل على الملك وليس في التمليك معنى التلفيق والضم ولهذا لو اشترى منكوحته يفسد النكاح و لو كان بينهما ملازمة لما فسد بذلك بل تأكد **قوله** سبب لملك المتعة في محلها احترز به عن تمليك الغلمان والبهائم وغيرهافان تمليكها ليس بسبب لملك المتعة التي هي الوطئ ولنا ان الاتصال سببا مصحح الاستعارة كالاتصال معنى وقد تحقق الاتصال من حيث السببية اذ اللفظ الموضوع لملك الرقبة يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المتعة في محلها والنكاح يوجب

وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة

ملك المتعة فصحت الاستعارة لوجود الاتصال سببا ولان التمليك صالح لاثبات الملك وقد صدر من اهله مضافا الى محله قابل الملك فوجب ان يثبت لثبوت الملك واذا ثبت الملك ثبت الحل والازدواج ضرورة انه لا ينفك عنه وهذا لان المستوفي بالوطئ مملوك بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا ولن يثبت الاختصاص والحجر الا بالملك فدل ان المحل قابل للملك شرعا فان قيل انه ليس بمال اتفاقا وغير المال لا يقبل الملك ولان المنافع معدومة والمعدوم لا يقبل الملك على ان الملك لو ثبت في النكاح لثبت تبعا للازدواج والانضمام وهنا لو ثبت الملك لثبت اصلا وهذا خلاف المشروع قلنا غير المال قابل للملك كالملك للقصاص حتى جرى فيه الارث والاعتياض والمستوفي بالوطئ في حكم العين حتى كان التابيد من شرطه كالبيع لا كالاجارة ولو كان الازدواج والانضمام اصلا والملك تبعا لما صح ايجاب العوض على الزوج لان ذلك مشترك بينهما والدليل على ان الملك اصل ان الطلاق بيد الزوج لانه كالمالك وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما جعلا علما عليه والعلم يعمل وضعا لا بمعناه كالنص في دلائل الشرع فلما اثبت الملك بهما وضعا مع انهما لا ينبئان عنه فلان يثبت بما ينبئ عنه اولى *

قوله وينعقد بلفظة البيع بان قالت المرأة بعتك نفسي اوقال اب الابنة بعتك ابنتي بكذا وكذلك بلفظ الشراء بان قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم

قوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر الاعمش فانه يقول لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك المال بمال والمملوك بالنكاح ليس بمال

ولا بلفظة الا باحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى مابعد الموت *

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رضي الله تعالى عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح

ليس بمال لان المال غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي واما ان البيع يوجب ملكا هو سبب لملك المتعة في محله فكان طريق المجاز موجودا فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظ الاجارة لانه ليس بسبب لملك المتعة اذ هو موجب لملك المنفعة وبملك المنفعة لا يستفاد ملك المتعة وعن الكرخي انه ينعقد به النكاح لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله فآتوهن اجورهن وهو يشعر بانه مشاكل للاجارة ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا موقتة وبينهما مغايرة على سبيل المنافاة فاني تصح الاستعارة *

قوله ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة لان هذه الالفاظ لا توجب ملك العين اما الاعارة فلانها لتمليك المنافع ولا باحتها واما الآخران فلانهما لا يوجبان ملكا فان من احل او اباح لغيره طعاما فانه يتلفه على ملك المبيح ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح مضافا الى مابعد الموت لا يصح كذا هذا فان قيل الهبة ايضا لا توجب الملك ما لم ينضم اليها القبض قلنا الهبة لا توجب اضافة الملك ولكن لضعف في السبب لتعريه عن العوض يتاخر الملك الى ان يتقوى بالقبض وينعدم ذلك الضعف اذا استعمل في النكاح لان العوض يجب به نفسه مع ان المملوك بالنكاح بنفس العقد لا يصير كالمقبوض ولهذا لو ماتت عقيب العقد تقرر البدل فكان هذا بمنزلة عين في يد الموهوب له موجب الملك بنفسه كذا في المبسوط *

لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولابد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى وسيعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمة الله تعالى عليه له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا

قوله لقوله عليه السلام لا نكاح الا بالشهود فان قيل كيف جاز تخصيص عموم قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم وغيره من الآي بخبر الواحد قلنا ذكر فخر الاسلام في المبسوط هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة بمثله على كتاب الله تعالى ولان ذلك عام خص منه مواضع المحرمات فيجوز تخصيصه حينئذ بخبر الواحد وهو حجة على مالك وكذلك على ابن ابي ليلى وعثمان البتي فانهم يقولون الشهود ليسوا بشرط في النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح ولو امر الشاهدين بان لا يظهرا العقد لا يصح لانه عقد فلا تشترط لصحته الشهود كسائر العقود وانما شرط الاعلان لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف **قوله** لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية اي لعدم ولايته على نفسه **قوله** ولا تشترط العدالة خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل **قوله** ولانه صلح مقلدا اي انه مع فسقه اهل للامامة والسلطنة فان الائمة

وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقد بين

قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد

بعد الخلفاء الاربعة لم يخلو من الفسق فالقول بالخروج عن الامامة بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه اهلا للامامة كونه اهلا للقضاء لان تقلد القضاء انما يكون من الامام ومن ضرورة كونه اهلا للقضاء كونه اهلا للشهادة لان القاضي لابد ان يكون اهلا للشهادة وقيد بالعدالة في هذا الحديث واطلق فيما رويناه اولا فيعمل بالمطلق والمقيد ولا نحمله على المقيد لما عرف ولانه نكر العدالة في موضع الاثبات فيقتضي عدالة ما وذا من حيث الاعتقاد وهذا لان العدالة ضد الظلم والشرك ظلم عظيم لقوله تعالى ان الشرك لظلم عظيم فكان الايمان عدلا فاستقامت الاضافة اليه او نقول المراد بشاهدي عدل قائلي كلمة عدل وهي كلمة التوحيد وقيل هذه المسئلة بناء على ان الفسق لا ينقص من ايمانه عندنا لانه لايزيد ولا ينقص والاعمال من شرائع الايمان لا من نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعة وينقص بالمعصية فجعل نقصان الدين بالفسق كنقصان الحال بالرق والصغر ۰ **قوله** وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي وهو قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والنهي عن قبول الشيء يقتضي تحقق ذلك الشيء **قوله** ولا يبالي بفواته اي بفوات الاداء كما في شهادة العميان اي ينعقد النكاح بشهادة العميان وان لم يقبل اداؤهم وكذا يصلح ابن العاقد وابوه شاهدا في انعقاد النكاح ولا يصلح للاداء عند القاضي **قوله** ولهما ان الشهادة شرطت

ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز والله تعالى اعلم بالصواب ‍.

يريد به ان الشهادة انما شرطت في باب النكاح اظهارا لخطر المحل الذي ورد عليه النكاح لان ورود ملك النكاح على الحرة وصيرورتها مصبا لفضلة مستقذرة يشعر برقها وهوانها فشرط الشهادة لورود الملك عليها تضييقا لطريق الوصول اليها ازالة لهوانها واما الثابت في جانب الزوج بالعقد وجوب المهر في ذمته ولا تشترط الشهادة في وجوب المال وهذا بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان ورود الملك عليها انما يكون بالعقد وانه ينعقد بكلامهما فيشترط سماع كلامهما .

قوله يجعل مباشرا لاتحاد المجلس وانما احتيج الى نقل كلام المباشر الى الاب مع ان الاب يصلح شاهدا في النكاح لان الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر واذا كان الاب حاضرا فهذا العقد من الوكيل صورة ومن الاب معنى من حيث ان الحقوق ترجع الى الموكل فكان الاب مزوجا معنى والوكيل مزوج حقيقة فينتقل هذا العقد الى الاب من حيث الصورة ايضا فيصير الاب مزوجا من كل وجه فيبقى الوكيل شاهدا والشيء انما يقدر حكما اذا تصور حقيقة والاب اذا كان في المجلس امكن ان يجعل مزوجا حقيقة فامكن ان يجعل مزوجا تقديرا واذا كان غائبا لا يمكن ان يجعل مزوجا من كل وجه لان العقد انما يصح بالايجاب والقبول في مجلس واحد ولو نقل اليه وهو غائب لوقع الايجاب في المجلس والقبول في مجلس آخر وذلك يبطل العقد والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا جداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة اوثبتت حرمتهن بالاجماع •

قال ولا بابنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآيات وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة

قال ولا بام امرأته دخل بابنتها اولم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت

فصل في بيان المحرمات

قوله اذ الام هو الاصل لغة قال الله تعالى هن ام الكتاب اي اصل يرد اليه المتشابه وعلى قول من يقول ان اللفظ الواحد يجوز ان يراد به الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين فحرمة الجدات ثابتة بالنص ايضا لان اسم الامهات يتناولهن مجازا وعلى هذا البنات اما ان يتناول لفظ البنات على بنات البنات وبنات الابن بطريق المجاز اوثبت حرمتهن بالاجماع **قوله** من غير قيد الدخول حرمة الامهات ثابتة بنفس العقد عندنا وعند بشر المريسي وابن شجاع ومالك وداؤد وفي احد قولي الشافعي رحمهم الله لا يثبت الا بالدخول بالبنت وهو مذهب علي وزيد بن احمد رضي الله تعالى عنهما لقوله تعالى وامهات نسائكم والاصل ان الشيء اذا عطف على شيء في حكم وذكر في المعطوف شرط هذا ينصرف الى ما كمن قال فلانة طالق وفلانة طالق ان دخل زيد الدار

قيد الدخول بالنص سواء كانت في حجره او في حجر غيره

فشرط الدخول ينصرف اليهما فكذا هنا وذكر ام المرأة ثم عطف عليها الربائب ثم شرط الدخول فانصرف اليهما ولنا قوله عليه السلام من تزوج امرأة حرمت عليه امها دخل بها اولم يدخل وحرمت عليه بنتها ان دخل بها ولان الله تعالى حرم ام المرأة مطلقا بلا قيد الدخول فمن قيد به فقد نسخه والدخول ليس بشرط بل هو تحريم شخص موصوف بصفة معطوف على شخص غير موصوف بصفة وعطف الموصوف على غير الموصوف لا يقتضي ذكر الصفة في غير الموصوف كمن قال زينب طالق وعمرة القائمة فانه لا يشترط صفة القيام في زينب لوقوع الطلاق عليها والنساء المذكورة في قوله تعالى وامهات نسائكم مخفوض بالاضافة وفي قوله تعالى من نسائكم مخفوض بحرف من والمخفوضان باداتين لا ينعتان بنعت واحد الا ترى انه لا يستقيم ان تقول مررت بزيد الى عمرو الظريفين ولو كانا مخفوضين بخافض واحد جاز ذلك بان يقول مررت بزيد وعمرو الظريفين واما الشرط انما يعود الى الجمع اذا امكن ولم يمكن ههنا لانه يؤدي الى ان يكون الشيء الواحد معمولا بعاملين مختلفين لا محالة لان العامل في الموصوف هو العامل في الصفة ثم في قوله تعالى وامهات نسائكم مجرور بالاضافة وفي قوله تعالى من نسائكم بحرف الجر فلو رجع قوله اللاتي دخلتم بهن اليهما لصار معمولا بالاضافة وحرف الجر وذا لا يجوز وفي الكشاف قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن لا يخلو اما ان يتعلق بقوله امهات نسائكم وبالربائب فتكون حرمة الامهات وحرمة الربائب غير مبهمتين واما ان يتعلق بالامهات دون الربائب فتكون حرمة الامهات غير مبهمة وحرمة الربائب مبهمة فلا يجوز الاول لان معنى من مع احد المتعلقين خلاف معناه مع الآخر الا تراك اذا قلت وامهات نسائكم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن

لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول *

قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم.

فقد جعلت من لبيان النساء ولتمييز المدخول بهن من غير المدخول بهن واذا قلت وربائبكم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فانك جاعل من لابتداء الغاية كما تقول بنات رسول الله من خديجة وليس بصحيح ان يعني بالكلمة الواحدة في خطاب واحد معنيان مختلفان ولا يجوز الثاني لان ما يليه هو الذي يستوجب التعلق به وهو ما ذهبنا اليه *
قوله لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة فان بنت المرأة تكون في حجر زوج امها اي في تربيته وذكر في مبسوط شيخ الاسلام قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فتعلق الاباحة بالدخول دليل على ان الحرمة لم يتعلق بالحجر فان قيل يحتمل ان يكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فكانت كالقرابة مع الملك في حق العتق حيث ينتفي العتق بانتفاء احد هذين الوصفين فكذلك ههنا ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول لا يدل على ان الحرمة غير متعلقة بالدخول والحجر قلنا نعم كذلك الا ان الاستعمال في مجاري الكلام عند نفي الحكم بنفي علة التي هي ذات وصفين هو نفي الوصفين جميعا او نفي علته مطلقا واما ان ينفي احد وصفيه ويسكت عن الآخر فلا حيث لا يقال لم يعتق لانه لم يرد الملك عليه اولم يرد القرابة عليه بل يقال لانه لم يرد عليه الملك مع القرابة او لم يوجد علة العتق وكذلك لا يقال لا يجري حكم الربوا وهو حرمة الفضل بين هذين البدلين لانه لم توجد الجنسية اولم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنسية اولم توجد علة الربوا ولان الاصل في النساء الحرمة بدليل ان الحرمة

وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه الصلوة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة

ثبتت بالشبهات لا الحل فلو كان الحجر مع الدخول شرط الحرمة الربيبة كان الاولى ان يكتفى باحدهما في موضع الحرمة فلما لم يكن النظم هكذا اعلم ان ذكر الحجر خرج على وفاق العادة لا الشرط ه

قوله وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني فان التبني قد انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبني زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه ونزل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم فهذا التقييد هنا لدفع طعن المشركين فان قيل ابن الابن لا يكون من صلبه فكيف يتناوله قلنا مثل هذا اللفظ يذكر باعتبار ان الاصل من صلبه كقوله تعالى خلقكم من تراب والمخلوق من التراب هو الاصل كذا في المبسوط **قوله** وان تجمعوا بين الاختين وهو في موضع الرفع لانه معطوف على المحرمات اي وحرم عليكم الجمع بين الاختين **قوله** لصدوره من اهله مضافا الى محله اما الاهل فظاهر واما المحل فلان الاخت المملوكة لم تصر فراشا بنفس الوطئ ولم يشتغل رحمها بمائه شغلا معتبرا ولهذا لو اعتقها لا يلزمها العدة ولا يثبت نسب ولدها الا بدعوته ه

لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة اوللضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها

قوله لان المنكوحة موطوءة حكما حتى لو تزوج مشرقي مغربية وولدت اولادا ثبت نسبهم منه للوطئ حكما فان قيل لما كان النكاح قائما مقام الوطئ وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا حكما كما قال مالك رحمه الله قلنا نفس النكاح ليس بوطئ وانما صار كالوطئ عند ثبوت حكمه وهو حل الوطئ وحكم النكاح يثبت بعده فالنكاح في حال وجوده ليس بوطئ فيصح لوجوده في محله **قوله** ولهما نصف المهر اي الاقل من نصفي المهر لان فيه تعيينا وهذا لان كل واحدة منهما ان كانت سابقة فلها نصف المهر وان كانت لاحقة فلا شيء لها فكان لكل واحدة ربع المهر فان قيل ينبغي ان لا يقضى على الزوج بشيء كما روي عن ابي يوسف رحمه الله لان المقضي له مجهول وجهالة المقضي له تمنع القضاء كمن قال لرجلين لاحدكما علي الف درهم فانه لا يكون لاحدهما ان يأخذ منه شيئا ما لم يصطلحا قلنا قد قالوا معنى المسئلة ان يدعي كل واحدة انها هي الاولى ولا حجة اما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين اول لا يقضى لهما بشيء ما لم يصطلحا على اخذ نصف المهر لان الحق وجب لمجهولة فلا بد من الدعوى او الاصطلاح

لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز ولان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب (وقد صح ان عبد الله بن جعفر رض جمع بين امرءة علي رض وبنته) ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة

قوله لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها هذا نهي بصيغة الخبر وهو ابلغ مما يكون من النهي ثم ذكر النهي من الجانبين للمبالغة في بيان التحريم اولا زالة الاشكال فربما يظن ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على بنت الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة وهذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى ولئن كان من الآحاد فقد ورد تخصيصا للكتاب وتخصيص عام ثبت خصوصه جائز وقد خصت المجوسية والوثنية من قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم فتخص هذه الصورة بهذا الخبر **قوله** لما روينا وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** والشرط ان يصور ذلك من كل جانب لان حرمة الجمع لصون القرابة عن القطيعة وهذا انما يتحقق اذا تحققت الحرمة من الجانبين لان حرمة القرابة ثبتت من الجانبين فاما اذا ثبتت في احد الجانبين فتلك حرمة الصهرية فلا تكون مفضية الى القطيعة فان قبل بينهما محرمية

لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطيء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك

بالمصاهرة فيحرم الجمع كما لوكان بينهما محرمية نسبا او رضاعا قلنا المحرمية عبارة عن حرمة التناكح من الجانبين كما في الاختين نسبا او رضاعا ولم يوجدها لانا لو فرضنا امرأة الاب ذكرا لا يحرم المناكحة لانه متى كان ذكرا لم تكن امرأة الاب•

قوله لانها نعمة لان الله تعالى من علينا بالمصاهرة كما من بالنسب قال الله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا والحكيم انما يمن بالنعمة ولان الاجنبية بها تلحق بالامهات حتى يخلو بها ويسافر بها والزنا سبب للعقوبة فاني يستقيم تعليق النعمة به ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم اي لا تطأوا ما وطيء آباؤكم لان النكاح حقيقة للوطيء ومستعار للعقدة ولانه في اللغة الضم قال انكحت صم حصاها خف يعملة • وحقيقته في الوطيء لانهما يصيران كشخص واحد حال ذلك الفعل ويثبت الازدواج حكما بالعقد لا حقيقة لانه سبب الانضمام الحقيقي فان حله بالعقد في الاصل وما نكح يعني من نكح لانه قال بعده من النساء وهو بيان لما سبق ذكره مبهما فالنص يقتضي حرمة وطيء منكوحة الاب مطلقا فلا يقيد بالحلال كيلا يصير زيادة على الكتاب ولان الوطيء الحرام مؤثر في افادة حرمة المصاهرة كالوطيء الحلال وهذا لان الحلال ما كان سببا للحرمة لانه حلال بل لكونه سببا للجزئية بواسطة الولد والحرام شارك الحلال في السببية فيشاركه في الحرمة وهذا لان الوطيء الحلال يجعل اصولها وفروعها كاصوله وفروعه واصوله وفروعه كاصولها وفروعها من وجه بيانه ان الولد جزء الواطيء لان بعضه جزؤه حقيقة والبعض الآخر جزؤه معنى حتى تثبت احكام البعضية في الكل من العتق والارث وغيرهما وكذا في جانبها ولهذا يضاف الولد الى كل واحد منهما كملا فيقال هذا ولد فلان وفلانة والولد اسم للكل ومتى ثبتت الجزئية بين كل واحد منهما وبين الولد ثبتت بينه وبينها بواسطة الولد

ضرورة اذ بعض الولد جزؤها وقد اضيف كل الولد اليه فكان جزؤها مضافا اليه ضرورة وكذا هذا لا عتبار في الجانب الآخر وهو امر حقيقي لا يختلف بحل السبب وحرمته فصارت ام الموطوءة وبناتها في معنى امهاته وبناته من وجه لان ام الموطوءة جدة هذا الولد فيكون اصل هذا الولد وكان الولد في معنى فرع فرعها ولا يتصور كونه في معنى فرع فرعها الا اذا كان الواطئ فرعها معنى وام الموطوءة اصله لا نها مالم تكن اصله استحال ان يكون اصل اصل فرعه وكذا هذا الاعتبار في جانب البنت والام والبنت من وجه حرام كالام والبنت من كل وجه الا ترى ان الشرع حرم ام الرضاع مع انها ليست اصل كله بل هي اصل جزئه باعتبار انبات اللحم وانشار العظم بالرضاع وانما لم تحرم الموطوءة لان عملها كعمل حقيقة البعضية وهي توجب الحرمة في غير موضع الضرورة لا في موضعها الا ترى ان حوا رضي الله عنها خلقت من آدم عليه السلام وكانت بعضه حقيقة وهي حلال له ضرورة فكذا البعضية الحكمية توجب الحرمة في غير موضع الضرورة وفي حق الموطوءة ضرورة لا نها لو حرمت لما حلت منكوحة والزنا من حيث انه سبب الولد ليس بحرام لا نه من هذا الوجه سبب البقاء واسباب البقاء مشروعة وانما حرم من حيث انه يضمن آثارا فاسدة كسفح الماء على سبيل التضييع وافساد الفراش وهو من هذا الوجه ليس بسبب لحرمة المصاهرة وبهذا تبين انه لا تمسك له بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال لان الحرمة ما نيطت بالزنا من حيث انه حرام بل من حيث انه سبب الولد وقائم مقامه ولا عصيان ولا عدوان فيه وما قام مقام غيره فانما يعمل عمل الاصل كالتراب لما قام مقام الماء نظرا الى كون الماء مطهرا وسقط وصف التراب فكذا هذا يهدر وصف الزنا بالحرمة لقيامه مقام مالا يوصف بها وهو الولد فان قيل ماذكرتم ان الولد يضاف الى كل واحد كملا ممنوع لانه ليس بولده فكيف يضاف اليه الا ترى انه عليه السلام ما اثبت للزاني

والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا

الحجر في موضع الحاجة الى بيان حكم الولد وجعل كل الولد منسوبا الى صاحب الفراش ولان الجزئية بالتفرع وكله لم يتفرع عنه بل بعضه متفرع عنها فاذا لم يتفرع كله منه كيف يكون الكل جزءه والمراد باضافته اليه بعضه لان اطلاق اسم الكل على البعض شائع فعلم ان بعض الولد جزءه وام الموطوءة ليست باصل لهذا القدر الذي هو جزء الواطئ فلا نصير ام الموطوءة في معنى امه ولئن صارت امه من وجه ولا نسلم ان امه من وجه حرام فكيف يحرم والام من وجه دون الام من كل وجه فحرمة الام من كل وجه لا تدل على تحريم الام من وجه والام رضاعا حرمت بالنص ولم تحرم استدلالا بالام من كل وجه قلنا كل الولد جزؤه لان احكام البعضية تثبت لكله لا لبعضه ولهذا يعتق كله وعلى مازعمت يجب ان يعتق بعضه ويجب نفقة كله ولو بعد الفرقة ولا ندعي بان كله تفرع منه حقيقة لانه لا نزاع في الحقائق بل ندعي انه في معنى المتفرع منه لان بعضه متفرع منه حقيقة وقد اختلط بعضها بذلك البعض على وجه لا يتميز وصارا بالاختلاط كشيء واحد فكل حكم يثبت لبعضه المتفرع منه يثبت لبعضها المختلط ببعضه ضرورة عدم التميز فكان الكل نفرع منه وانما اثبتنا الحرمة هنا استدلالا بالام رضاعا لانها ام من وجه ولانها لما كانت اما من وجه كانت حراما من وجه فيحرم احتياطا ومن فروع هذه المسئلة ابنته من الزنا بان زنى ببكر وامسكها حتى ولدت ابنة فان نكاحها يحرم عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانها بنته حقيقة فيحرم لقوله تعالى وبناتكم فان قيل لو كانت بنته لوجبت النفقة ولثبت التوارث ولصارت امها ام ولد له فلما لم تثبت هذه الاحكام عرفنا ان هذه غير مضافة اليه على الاطلاق فاذا لم يوجد لم يدخل تحت نص التحريم فبقيت داخلة تحت نص الاباحة قلنا لما كانت مخلوقة من مائه كانت مضافة اليه من كل وجه وهذه الاحكام ان لم تثبت فلا تدل على عدم الاضافة اليه الا ترى

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطئ فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل ان يوجب الحرمة

ان الابن الكافر لا يرث ولا يستحق النفقة على الاخ المسلم ولا خلل في الاضافة فدل على ان عدم هذه الاحكام لا يدل على الاختلال في الاضافة بل عدمها لعدم شرطها على ان الحرمة مما يحتاط في اثباتها متى دارت بين الثبوت وعدمه *

قوله ومن مسته امرأة بشهوة هذه المسئلة مصورة في المس الحلال والنظر الحلال ليستقيم قول الشافعي رحمه الله فلا يلحقان به وصورته ان يقبل امته بشهوة ثم اراد ان يتزوج ابنتها عنده يجوز وكذلك لو تزوج امرأة وقبلها بشهوة ثم ماتت عنده يجوز له ان يتزوج ابنتها بناء على اصله ان حرمة المصاهرة ثبتت بما يؤثر في اثبات النسب والعدة ولا يؤثران في اثبات النسب والعدة فكذلك في اثبات الحرمة

قوله فيقام مقامه في موضع الاحتياط وحرمة الفرج مما يحتاط فيها حتى ان شبهة البعضية بسبب الرضاع قامت مقام حقيقة البعضية في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكوة ومنع قبول الشهادة وكذلك لا يقوم المس او النظر مقام الوطئ في افساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وان قام مقامه في حق اثبات حرمة المصاهرة

قوله هو الصحيح وفي الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترط الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها وهذا اذا كان شابا قادرا على الجماع وان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة ان تتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا

والصحيح ان لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطئ وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا ابقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا

قبل ذلك ويزداد الاشتهاء ان كان متحركا وكان الفقيه محمد الرازي رحمه الله لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير اوالعنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة*

قوله والصحيح ان لا يوجبها وقال بعض المشائخ تثبت حرمة المصاهرة بالمس وان اتصل به الانزال وجه ذلك ظاهر فانه تمت حرمة المصاهرة بمجرد المس بشهوة فهذه الزيادة وان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خللا فيها **قوله** كالنفقة والمنع والفراش المعنى من الفراش هو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت النسب منه وهذا كذلك مادامت العدة باقية وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز والطلاق البائن الذي هو دون الثلث عنده انما يكون في الطلاق على مال لا غير لان الكنايات عنده رواجع والخلع فسخ وليس بطلاق فتعين هذا **قوله** والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ذكر في كتاب الطلاق معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعى ثبت

ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصيرجا معا ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ماشرع الامثمرا بثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فتمنع وقوع الثمرة على الشركة

نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطئ في العدة من طلاق ثلث لايكون زنا اذلوكان زنا لايثبت به النسب وان ادعى فقد نص في كتاب الحدود ان من طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدعى الشبهة فصار في حق وجوب الحد لوطئ المطلقة الثلث روايتان•

قوله ولم يرتفع في حق ما ذكرنا وهو النفقة والمنع والفراش **قوله** لان النكاح ماشرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين للزوج طلب تمكينها من الوطئ ودواعيه بغير اختيارها شرعا والمنع عن الخروج والتحصين وما يجب لها عليه نحو طلب النفقة جبرا والقسم والسكنى والمنع عن العزل والقيام في امورها الراجعة الى الزوجية **قوله** والمملوكية تنافي المالكية لان المملوكية اثر المقهورية والمالكية اثر القاهرية فبينهما تناف فان قيل انما ثبت التنافي اذا كانا من جهة واحدة وهنا من جهتين مختلفتين فجاز ان يجتمعا وذلك لان المرأة مالكة بجهة ملك اليمين فجاز ان يكون هي مملوكة لعبدها من جهة النكاح كالاب يكون ابنا لابيه قلنا ليس هذا نظيره لان هناك اجتمعت الابوة والبنوة في حق شخص واحد لكن باعتبار شخصين مختلفين وهنا في شخص واحد وهو المرأة باعتبار شخص واحد وهو العبد فيقع التنافي ولان المرأة بجميع اجزائها مالكة لعبدها فلو جاز النكاح بينهما يكون بعضها مملوكا لعبدها فباعتبار مالكيتها تمتنع عن تسليم بعضها وباعتبار مملوكيتها لا تتمكن من الامتناع فحينئذ تمتنع ولا تمتنع فيتحقق التنافي

ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على مانبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله صلى الله عليه وسلم

قوله ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف وانما فسره بهذا احترازا عن قول ابن عمر رضي الله عنهما فانه يفسر المحصنات بالمسلمات فان قيل اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير بن الله وقالت النصارى المسيح بن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم المشرك يقع على اهل الكتاب ثم ذكر بعد هذا في الكتاب ولا يجوز تزويج المجوسيات ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فلم يجز هناك نكاح اهل الشرك لاشراكهم وقد اجاز هنا نكاح اهل الكتاب فما وجه التوفيق قلنا فيه وجهان احدهما ماذكره في المبسوط ان اسم المشرك لايتناول الكتابي مطلقا فان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين فعلم ان معنى الاشراك صار مغلوبا فيهم ولم يلتفت بوجوده وكان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز ذلك ويقول ان الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن فكان معنى قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اللاتي اسلمن من اهل الكتاب ولسنا نأخذ بهذا لما ذكرنا ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب ولانا لو حملنا الآية على ماقال ابن عمر رضي الله عنهما لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فان غير الكتابية اذا اسلمت حل نكاحها ايضا وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك رضي الله عنه والثاني ماذكره اهل التفسير قالوا ولا تنكحوا المشركات الآية منسوخة

و

سنوابهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم *

قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرؤن بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ماوقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم

قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ماروي انه صلى الله عليه وسلم تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطئ ويجوز تزوج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية

بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان سورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شيئ وهو قول ابن عباس والاوزاعي رضي الله تعالى عنهم *

قوله سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم كذا في المغرب

قوله ويجوز تزويج الصابيات وهي من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبد والملائكة كذا في الكشاف **قوله** فكل اجاب على ما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة رحمه الله انهم قوم من النصارى يقرؤن الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبلة وهما جعلا تعظيمهم لبعض الملائكة عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الاوثان **قوله** وماروواه محمول على الوطئ اي لا يطأ ولا يمكن المرأة من الوطئ وقيل هو اخبار عن معتاد احوال المحرمين انهم في احرامهم لا يتناولون بالانكاح

لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعامنه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي

والنكاح بل هم يشتغلون بامور المناسك من الوقوف والطواف والسعي والرمي كما قال الحاج الشعث التفل اي لا يشتغلون بالاغتسال شغلا باعمال الحج وان كان الاغتسال بالماء القراح لاباس به فكذلك امر النكاح لانه عقد يصار اليه عند الفراغ لما فيه من الخطبة والخطبة مراودات ودعوات واجتماعات لايتحقق الاعند الفراغ واذا حمل على وفاق العادة لم يتعلق به حكم والا وجه ان يقال ان الحديث يروى بالنهي محروما وهو اختيار الخطابي والنهي يكون للتنزيه فحمل عليه توفيقا بين الحديثين ولئن روي منفيا فالنفي يجيئ بمعنى النهي •

قوله لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده حتى لايجوز للحران يتزوج اكثر من واحدة ولايجوز نكاحها عند طول الحرة ولايجوز نكاحها الا عند خوف العنت وهو الزنا

قوله لما فيه من تعريض الجزء على الرق لان الولد جزء منه وهو تابع للام في الرق والارقاق اهلاك حكما لان الرقيق كالهالك والرق اثر الكفر وهو موت قال الله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرفهديناه ولهذا كان الاعتاق احياء قال عليه السلام ان يجزي ولدوالده الاان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه وهذا لان الاب سبب لحيوته فانما يصير مجازيا له اذا تسبب لحيوته وذا بالشراء والاهلاك حكما كالاهلاك حقيقة الاانه اذا خشي العنت ابيح له ضرورة وصيانة لنفسه عن الزنا لان الاجتناب عنه فرض عليه فسقط حرمة الارفاق لذلك وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة فلا تباح الكتابية

قوله لاطلاق النصوص المقتضي فانكحوا ما طاب لكم • واحل لكم ما وراء ذلكم ،

وفيه امتناع من تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمة الله تعالى عليه في تجويز ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله صلى الله عليه وسلم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله

قوله وفيه امتناع اي في الاقدام على نكاح الامة امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وقوله وفيه ارقاق قلنا ان ارقاق الولد لا ولد محال وبعد ما حدث لا يصدر منه شيء حتى يقال بانه ارقاق فعلم انه ليس فيه ارقاق الولد ولئن قال فيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر قلنا هذا ليس بحرام لانه بسبيل من ان لا يحصل الاصل بالامتناع عن النكاح فلان يكون بسبيل من ان لا يحصل الوصف اولى على انا لا نسلم ان الارقاق حرام وهذا لان الارقاق دون التضييع لان فيه تضييع النسل اصلا وفي الارقاق تضييع صفة الحرية دون النسل وذا جائز بالعزل باذن الحرة فالارقاق اولى وكذا اذا تزوج امة ثم حرة فان نكاح الامة لا يبطل وقد استغنى عن ارقاق الولد بالحرة **قوله** ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة الحال الذي بني عليه النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء ثم يتصف ذلك الحل برق الرجل حتى ينكح العبد ثنتين والحر اربعا فكذا ينتصف برق المرأة ولا يمكن اظهار التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحال والاحوال ثلث تقدم وتأخر وقران فصح متقدما لا متأخرا بطل مقارنا

ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابي حنيفة رحمه الله ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج أكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار

لانه لا يحتمل التحري فغلب التحريم كالطلاق الثلث والاقراء او نقول في الحقيقة حالتان حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فثبت الحل في حالة الانفراد دون الانضمام * **قوله** ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها فان قيل اذا تزوج امرأة في عدة اختها من طلاق بائن لا يجوز عندهما ايضا فلم جاز تزوج الامة في عدة الحرة ولا يجوز الجمع في المسئلتين بتزوج الاخت على اختها وكذا تزوج الامة على الحرة قلنا انهما يقولان ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكن المنع من تزوج الامة على الحرة لما فيه من ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة **قوله** ولا يجوز ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والمراد احد هذه الاعداد بالاجماع وعن ابن ابي ليلى وابراهيم النخعي رحمهما الله وبعض الروافض انه يجوز الجمع بين تسع نسوة تمسكا بهذا النص والجواب عنه ان العبارة عن التسع بهذا من الجهل والسخف فان من اراد ان يقول اعط فلانا تسعة دراهم فقال اعطه درهمين

ولايجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص

وثلثة واربعة كان سخيفا جاهلا فعلم انه اراد اثنين اثنين وثلثا ثلثا واربعا اربعا كقوله تعالى اولي اجنحة مثنى وثلث ورباع تحقيقه ان الله تعالى اباح كل جملة موصوفا بصفة الاولى بكونها مثنى والثانية بكونها ثلث والثالثة بكونها رباع وانما يصير كل جملة موصوفا بالوصف الذي وصفه الله تعالى اذا كان المراد احد هذه الاعداد اما اذا اريد به الجمع لا يصير كل جملة موصوفا بما وصفها الله تعالى به فان الاثنتين اذا جمع بالثلث يكون خماسا واذا جمع بين الثلث والرباع يكون سباعا فعلمنا بدلالة هذه الصفات ان المراد هو التخيير بين هذه الاعداد لا الجمع ٭

قوله ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين المكاتب والمدبر وابن ام الولد في هذا كالعبد لان الرق المنصف للحل قائم فيهم كذا في المبسوط

قوله وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لابي يوسف رحمه الله ان الامتناع في الاصل اي فيما اذا كان الحمل ثابت النسب لحرمة الحمل

وحرمة الوطئ كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل **قال** ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة

ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم• **قوله** وحرمة الوطئ كيلا يسقي ماءه زرع غيره فان الحمل يزداد سمعه وبصره حدة بالوطئ كما ورد في الحديث وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولا نفقة لها وقيل لها ذلك ولا يباح وطؤها ولا دواعيه وعدتها بوضع الحمل وقيل لا باس بوطئها بخلاف الامة الحامل من الزنا لا يقربها المولى قبل الوضع وكذا الخلاف لو زوجت نفسها من الزاني ولم يقر الزاني بان الحبل منه فان اقر صح النكاح وعند الكل يستحق النفقة لانه غير ممنوع عن وطئها **قوله** لانها فراش لمولاها اعلم ان الفراش على ثلثة انواع قوي وضعيف ومتوسط فالقوي فراش النكاح ولهذا لو جاءت المنكوحة بولد ثبت النسب من غير دعوى ولو نفاه الزوج لا ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والمتوسط فراش ام الولد حتى لو جاءت بولد ثبت النسب من المولى من غير دعوى ولو نفاه ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من المولى من غير دعوى•

الاان عليه ان يستبريها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عندابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمدرحمه الله لااحب له ان يطأها قبل ان يستبريها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولاوجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبريها عندهما وقال محمد لااحب له ان يطأها مالم يستبريها والمعنى ماذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رحمة الله تعالى عليه هوجائزلانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه

قوله الا ان عليه ان يستبريها صيانة لمائه اي الاستبراء على المولى بطريق الاستحباب دون الحتم الخلاف في استبراء الزوج فيما اذا لم يستبر المولى اما اذا استبرأ المولى ثم زوجها فانه يجوز الوطئ قبل الاستبراء بالاتفاق وذكر الامام المحبوبي من المشايخ من قال لاخلاف بينهم في الحاصل فان ابا حنيفة رحمه الله قال للزوج ان يطأ بغير استبراء ولم يقل لايستحب ومحمد رحمه الله ايضا لم يقل هوواجب ولكنه قال لا احب ان يطأها وعند زفر رحمه الله لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلث حيض بناء على اصله انه لا يجوز نكاح الزانية بعدالزنا الا بعد ان تحيض ثلث حيض لان العدة تجب عنده حلالا كان اوحراما قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وقول محمد رحمه الله اقرب الى الاحتياط **قوله** ونكاح المتعة والنكاح الموقت باطل نكاح المتعة ان يكون بلفظ التمتع مثل ان يقول خذي هذه . لعشرة لا تمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام اولم يقل اياما والنكاح الموقت ان يتزوج امرأة عند الشهود عشرة ايام وفـ [illegible] انهما ان يكون بذكر لفظ التزوج [illegible] نكاح في الموقت [illegible] [illegible] نعه

قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة

ثم في نكاح المتعة خلاف مالك رحمه الله فانه يجوز عنده وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن ولانا اتفقنا انه كان مباحا فان النبي عليه السلام احل المتعة ثلثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة والحكم الثابت يبقى حتى يظهر ناسخه ولكنا نقول قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالآثار المشهورة من ذلك ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم ان منادي رسول الله عليه السلام نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة ومنه حديث الربيع رضي الله عنه قال احل رسول الله عليه السلام المتعة عام الفتح فجئت مع عمي الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة كانها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي وبردته وقالت هلا بردته كبردته اوشباب هذا كشباب هذا ثم اثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا مناد ي رسول الله عليه السلام ينادي ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم الاباحة المطلقة لم تثبت في المتعة قط انما ثبت الاباحة الموقتة بثلثة ايام فلا يبقى ذلك بعد مضيها حتى تحتاج الى دليل النسخ وقال جابر بن زيد ما خرج ابن عباس رضي الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة والمراد بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن الزوجات فانه بناء على قوله ان تبتغوا باموالكم محصنين والمحصن الناكح كذا في المبسوط

قوله فلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة اي ظهر ثبوت النسخ يعني ان الصحابة رض اجمعوا على

ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة فى العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة احدىهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احدىهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فى البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد فى الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها

ان نكاح المتعة قد انتسخ وقت النبي عليه السلام لان الاجماع لا يصلح ناسخا في المذهب الصحيح **قوله** ولنا انه اتى بمعنى المتعة وهو انه اتى بالنكاح لفظا والمتعة معنى لان النكاح ينعقد للازدواج وطلب الولد والمتعة للاستمتاع لاغير والنكاح الى عشرة ايام ينعقد للاستمتاع لا غير والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة والوصاية في حيوة الموصي وكالة والوكالة بعد وفات الموصي وصاية والهبة بشرط العوض بيع حتى تثبت به الشفعة وترد بالعيب ولا يلزم على هذا ما اذا شرط الطلاق بعد شهر فانه يجوز النكاح ويبطل الشرط لان هذا الشرط لم يصر في معنى المتعة لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراط الطلاق القاطع بعد شهر لينقطع به النكاح دليل على انهما عقد النكاح مؤبدا **قوله** ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان المعين لجهة المتعة التاقيت وهو موجود وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انهما اذا ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعشان الى ذلك الوقت غالبا كمائة سنة او اكثر صح لانه تابيد معنى كما لو تزوجها الى موتها او موته **قوله** ثم جميع المسمى للتي حل عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وعندهما يقسم المسمى على مهر مثلهما فما اصاب

وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة

التي صح نكاحها يجب لان الزوج جعل المسمى مقابلا ببضعيهما لا ببضع احدهما فلا يجعل بمقابلة احدهما ولهان الانقسام من حكم صحة المقابلة ولا تتحقق المقابلة في حق من ليست بقابلة لهذا الحكم فلغت الاضافة اليه فصار التكلم به وعدمه بمنزلة ولو لم يتكلم بكلمة المقابلة الامضافا الى احدهما لكان الحكم هكذا كذا هنا وصار هذا وقوله تزوجت هذا الجدار وهذه المرأة بالف سواء وهناك لا يقسم كذا هنا.

قوله وسعها المقام معه وكذلك اذا ادعت المرأة الطلقات الثلث على زوجها واقامت البينة ولم يكن طلقها فقضى القاضي بذلك فتزوجت بزوج آخر حل للزوج الثاني ان يطأها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا يحل للثاني ولا للاول وكذلك في دعوى العتق والنسب واجمعوا ان قضاء القاضي في الاملاك المرسلة وفي الميراث ينفذ ظاهرا لا باطنا واما في الهبة والصدقة فعن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه روايتان والحاصل ان في المسئلة اربعة اقاويل ابو حنيفة رحمه الله يقول يحل للثاني وطئها دون الاول وابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان لا يحل وطئها للاول للتهمة ولا للثاني للحرمة والشافعي رحمة الله تعالى عليه يقول يطأها الاول سرا والثاني علانية وذكر شمس الائمة

بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله تعالى اعلم بالصواب *

السرخسي رحمة الله تعالى عليه ان على قول محمد رحمة الله تعالى عليه يحل للاول وطئها قبل دخول الثاني واذا دخل لا يحل الوطئ للاول لوجوب العدة عليها من الثاني كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة *

قوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة من اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية والطعام من غير تعيين شرى او ارث حيث ينفذ القضاء ظاهرا لا باطنا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطئها ثم انما لا يثبت الملك هنا ك للمقضي له لانه لا يتوجه على القاضي القضاء بالملك لان التكليف بحسب الوسع وليس في وسعه اثبات الملك لانسان بغير سبب وفي اسباب الملك كثرة لا يمكن تعيين شيء منها بدون الحجة فعرفنا انه غير مخاطب بالقضاء بالملك وانما يصير مخاطبا باليد وذلك نافذ منه واما ههنا توجه عليه القضاء بالنكاح لان طريقه متعين توضيحه ان القاضي لا يقول هنالك للمدعي ملكتك هذا المال بل تقصر يد المدعى عليه من المال وههنا يقول قضيت بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك ثم قيل تشترط حضرة الشهود وقت الحكم لنفذ باطنا وقيل لا تشترط ثم فيما ذهب اليه ابو يوسف ومحمد رحمهما الله من قضاء القاضي بالطلقات الثلث بشهادة الزور تعطيل الفرج لانها لا تحل للاول ولا للثاني فلا يتمكن من التزوج بزوج آخر وفيه ضرر عليها وفيما قاله الشافعي رحمه الله اجتماع الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وهو قبيح فعرفنا ان الاوجه ما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله كذا ذكره الامام المحبوبي رحمة الله تعالى عليه والله اعلم بالصواب *

باب الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضائها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت اوثيبا عندابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لاينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الاان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج

باب الاولياء والاكفاء

قوله وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضائها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت اوثيبا عندابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية لقوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت اوثيبا عند اهل اللغة وقال مالك والشافعي رحمهما الله لاينعقد بعبارتها اصلا سواء زوجت نفسها اوبنتها اوامتها او توكلت بالنكاح لحديث ابي هريرة رضي الله عنه انه قال عليه السلام لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها انما الزانية هي تنكح نفسها واما من شرط الولي فاستدل بقوله تعالى ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وقال الشافعي رحمه الله وهذه الاية ابين آية في كتاب الله تعالى تدل على ان النكاح لايجوز بغير ولي لانه نهي الولي عن المنع وانما يتحقق المنع منه اذا كان الممنوع في يده وفي حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها لاوكس ولا شطط فان ابى الولي فالسلطان ولي من لاولي له وقال عليه السلام لا نكاح الابولي

وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لافرق بين الكفو وغير الكفو

واما من جوز النكاح بغير ولي فاستدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى ان ينكحن ازواجهن اضاف العقد اليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل المنع حبسا بان تحبسها في بيت ويمنعها من التزوج وهذا خطاب للازواج فانه قال في اول الآية اذا طلقتم النساء وبه نقول ان من طلق امراته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج بزوج آخر واما حديث عائشة رضي الله عنها فلا نعمل به لان عائشة رضي الله عنها هي التي روت وقد زوجت بنت اخيها عبد الرحمن وهو غائب وعمل الراوي بخلاف ماروي يبطل الرواية لما عرف في اصول الفقه ومداره على الزهري وقد انكره على انه مخالف للنص فيرد لان الله تعالى اضاف العقد اليهن في غير موضع ولا متمسك له بقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي لان هذا نكاح بولي لانها صارت ولية بنفسها بعد البلوغ عن عقل كالرجل على انه محمول على امة زوجت نفسها بغير اذن مولاها وصغيرة ومجنونة او على نفي الكمال توفيقا بين الحديثين .

قوله وانما يطالب الولي بالتزويج جواب اشكال يرد على قولهما انها تصرفت في خالص حقها بان يقال لما كان النكاح حقها فلم امر الولي بالتزويج **قوله** ثم في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمة الله عليه وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله آخرا امرأة لو زوجت نفسها من غير كفو يصح حتى يثبت حكم الطلاق والايلاء والظهار والتوارث وغير ذلك قبل التفريق ولكن للاولياء حق الاعتراض وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان النكاح لا ينعقد وبه اخذ كثير من مشائخنا وقال شمس الائمة

لكن للولي الاعتراض في غير الكفؤ وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله إنه لا يجوز في غير الكفؤ لانه كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما
ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليه ولاية الاجبار والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها.

السرخسي رحمه الله هذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفوء عليها وقال القاضي الامام فخر الدين رحمه الله تعالى الفتوى على قول الحسن في زماننا قوله في تعليل الشافعي رحمه الله لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها هذا التعليل لا يلايم اذ يقتضي هذا ان لا يفوض اليهن ولا يقتضي ان لا ينعقد بعبارتهن اذ لا خلل في المقاصد بمباشرة العقد عند اختيار الولي الزوج والصحيح ان يقال لانها ليست باهل لمباشرة النكاح فلا ينعقد بعبارتها كالصغيرة وهذا لان الاهل من يقدر على تحصيل النكاح لمقاصده وهي معان يستدعي التوافق بينهما عادة ولا يوقف عليها الا بالعقل الكامل وعقلها ناقص بالحديث فلو فوض اليهن تختل المقاصد لانهن سريعات الاغترار وسيآت الاختيار الا ان محمدا رحمه الله يقول الضرر الموهوم ينتفي باجازته ولا خلل في نفس العقد فيصح.
قوله لكن للولي حق الاعتراض في غير الكفوء اي للولي حق الفسخ اذا تزوجت غير كفوء ما لم تلد من الزوج اما اذا ولدت منه فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد وذكر العلامة السغناقي رحمه الله تعالى في النهاية ولكن

قال فاذا استأذنها الولي فسكتت اوضحكت فهواذن لقوله صلى الله عليه وسلم البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزية بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن رداه

قال وان فعل هذا غير الولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه

ذكر في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله تعالى واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولادا ثم بداله ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس ثم قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي ه

قوله واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا لانها تحزن على مفارقة بيت ابويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وقيل ان كان دمعها باردا فرضا وان كان حارا فلا وان كان عذبا فرضا وان كان مالحا فلا وان استأمرها في نكاح رجل فابت ثم زوجها فسكتت فهو رضا حلافا لابن مقاتل لتصريح سخطها قلنا قد ترضى في الثاني بما ابته حالا وان استأمرها في نكاح رجل فقالت غيره احب الي منه فليس باذن وان زوجها رجلا ثم اخبرها به فقالت كان غيره احب الي منه فاجازة **قوله** وان فعل هذا اي استأمر غير الولي اوولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى يتكلم وقال الكرخي رحمه الله هذا رضا لان حياءها منه اشد

تعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو رضا على ماذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

قوله وتعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة حتى لو قال ازوجك احد جيراني اوبني عمي لم يكن سكوتها رضى لان الرضاء بالمجهول لا يتصور ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح وقيل لابد من تسمية المهر والصحيح ان المزوج ان كان ابا او جدا فذكر الزوج يكفي لانه لا ينقص عن المهر الا لغرض فوقه وان كان غيرهما فلا بد من تسمية المهر وقيل اوعد جماعة فسكتت زوجها من احدهم وكذا ان ذكربني فلان وهم يحصون والا لم يجز قال الامام التمرناشي رحمه الله ولم اعثر على حد الاحصاء هنا وقد ذكر في الوصية لبني فلان عن محمد رحمه الله ما زاد على العشرة لا يحصون وعنه مازاد على مائة وقيل ثمانون وقيل اربعون وقيل ذلك مفوض الى رأي القاضي فالذكر ثمه يكون ذكرا هنا وقيل ان قال زوجتك رجلا جاز بسكوتها وفي ازوجك لم يجز حتى يسميه والصحيح ان الاخبار كذا **قوله** ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا اي السكوت رضا بشرط تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة وقال محمد بن مقاتل ان استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا فاما اذا بلغها العقد فسكتت لايكون رضا لانه ثبت بخلاف القياس قبل العقد بالنص وهذا ليس في معناه لان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما وحين بلغها العقد يكون ملزما قلنا هذا في معناه لانه انما جعل رضا هناك بعلة الحياء وهو موجود هنا

وله نظائر ولو استاذن الثيب فلابد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها فان زالت بكارتها بوثبة او طفرة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة

قوله وله نظائر كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية العبد واخبار الشفيع ووقوع العلم بفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الشرائع على المسلم الذي لم يهاجر **قوله** الثيب تشاور المشاورة من باب المفاعلة فيقتضي وجود الفعل من الطرفين وقد وجد النطق من الولي فينبغي ان يوجد منها والدليل عليه رواية اخرى الثيب يعرب عنها لسانها فدل على ان النطق شرط الوثبة هي الوثوب من فوق والطفرة الى فوق **قوله** فان زالت بكارتها بوثبة الى قوله فهي في حكم الابكار وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان البكر اسم لامرأة عذرتها قائمة والثيب من زالت عذرتها وهذه زالت عذرتها فتكون ثيبا فان قيل لو اشترى امة بشرط انها بكر له ردها لو وجدها بغير هذه الصفة قلنا قد قيل لا يكون له ولاية الرد اذا اقر المشتري ان عذرتها زالت بالوثبة لانها بكر لكنها لبست بعذراء اذ المعتاد بين الناس انهم يريدون باشتراط البكارة في المشتري صفة العذرة والحكم هنا تعلق بالحياء وبصفة البكارة وهما قائمتان . الثيب مشتق من ثاب اي رجع ومنه المثوبة لانها جزاء عمله يعود اليه والمثابة لانها مرجع الناس والتثويب لانه عود الى الاعلام بعد الاعلام .

ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والتثويب والمثابة ولابي حنيفة رح ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او نكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه

قوله ولو زالت بكارتها بزنا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله بعلة الحياء فان قيل هذا التعليل في معرض النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وانها ثيب حقيقة ولهذا لو اوصى لثيب بني فلان تدخل الزانية فكذا تحت قوله عليه السلام الثيب تشاور قلنا علة الحياء منصوصة عليها فان عائشة رضي الله عنها قالت ان البكر تستحيي يا رسول الله فقال عليه السلام اذنها صماتها والكلام اذا خرج مخرج الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فصار كانه عليه السلام قال اذنها صماتها لانها تستحيي والحياء ههنا قائم لانها ابتليت مرة بالزنا لفرط الشبق او للاكراه فلا يزول حياؤها بل يزداد لان في الاستنطاق ظهور فاحشة وهي تستحيي من ذلك غاية الحياء وقوله عليه السلام الثيب تشاور خص منه الامة والمجنونة والعمل بالعلة المنصوصة التي لم تخص اولى من العمل بذلك النص المخصوص فان قيل حياء البكر حياء كرم الطبيعة وهو محمود وهذا حياء من ظهور الفاحشة فلم يكن في معنى المنصوص عليه قلنا هذا الحياء ممدوح ايضا لانها تستتر على نفسها وقد امرت بذلك قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله والحياء من ظهور المعصية من كرم الطبيعة وحسن

فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قدظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى

العقيدة ايضا ولماسقط نطقها في موضع كان نطقها دليل رغبتها في الرجال على احسن الوجوه فلان يسقط نطقها في موضع يكون نطقها دليل رغبتها في الرجال على افحش الوجوه اولى بخلاف ماإذا وطئت بشبهة اونكاح فاسد لان الشرع اظهر ذلك الفعل عليها حين الزمها العدة والمهر واثبت النسب وهنا الشرع مااظهر عليها اذ لم يتعلق به شيئا من الاحكام وامرها بالستر على نفسها فان اخرجت واقيم عليها الحد فالصحيح ان لا يكتفى بسكوتها وكذا اذا صار الزنا عادة لها وقيل يكتفى بسكوتها في هذين الفصلين لانها بكر شرعا الا ترى انها تدخل تحت قوله ع م البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان هذا موجود في الموطوءة بشبهة ونكاح فاسد ولا يكتفى بسكوتها فعلم ان المعتبر بقاء صفة الحياء * **قوله** فكانت منكرة وهذا لما عرف ان الدعوى اذا خلت عن البينة يعتبر فيها المعنى دون الصورة نفي حق هذه الشهادة تعتبر الصورة لان الشهود لا يعرفون الا الظاهر وفي حق اليمين يعتبر المعنى لانهما يعرفان حقيقة الحال والمرأة هنا مدعية صورة منكرة معنى كالمودع في دعوى رد الوديعة مدع صورة منكر معنى ثم في الوديعة القول قول المودع في دعوى رد الوديعة فكذا هنا القول قولها في دعوى رد النكاح اذ العبرة للمعنى لا للصورة في الفصلين وهذا بخلاف مسئلة الخيار لان لزوم البيع قد تحقق بمضي المدة قبل اظهار الرد وبعد لزوم البيع لا يمكنه الرد **قوله** وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لان السكوت

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الاب والشافعي رحمه الله في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رحمه الله تعالى ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام

عبارة عن عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة قلنا لا نسلم هذه الدعوى مطلقا فان الشهادة على النفي مقبولة فيما اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعى الزوج انه قال قول النصارى فيما اذا ادعت المرأة انه قال عزير بن الله ثم ادعت المرأة انه لم يقل قول النصارى واقامت على ذلك بينة حيث يقبل ويفرق بينهما لانه لو كان قاله يسمعه الشهود فكذلك ههنا ونقول بل السكوت امر وجودي وهو ضم الشفتين فيلزم منه عدم الكلام فكان السكوت من لوازمه فحينئذ لا تكون الشهادة على النفي وذكر الامام التمرتاشي رح فان اقاما البينة فبينتها اولى لانها تثبت الرد وهو ثبت عدما وهو السكوت لا جرم لو اقامها على انها اجازت او رضيت حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لاثباته **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي وقال ابن شبرمة وابو بكر الاصم انه لا يزوج الصغير والصغيرة احد حتى يبلغا **قوله** وفي الثيب الصغيرة ايضا

بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الاملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب اوالجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابويوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد

اي وبخلافنا الشافعي رحمه الله في اجبار الثيب الصغيرة للاب والجد ايضا ٥

قوله بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل اي بتداول الايدي بان باع الولي من ماله شيئا ثم باع المشتري من آخر وغاب المشتري وقد يتعذر الظفر بمن عاقده الولي لغيبته او لخموله او لموته او لنسيانه فلا يمكن تدارك الخلل الواقع من قصور الشفقة فلم يمكن ان تثبت ولاية التصرف في المال لغير الاب والجد الاملزمة ولا تثبت ولاية الالزام مع قصور الولاية فسلبنا الولاية عنه اصلا اما النكاح فانه يقع مرة ولا يتكرر فلو وقع فيه خلل يمكن تداركه بالاعتراض بعد البلوغ **قوله** وجه قوله في المسئلة الثانية اي في الثيب الصغيرة **قوله** فادرنا الحكم عليها اي على الثيابة **قوله** ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم وهو قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي **قوله** من غير فصل اي بين البكر والثيب

ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما نقصان الشفقة في الآخر فيتخير

قوله ولهما ان قرابة الاخ ناقصة وانما خص الاخ لانه اقرب الاولياء بعد الاب والجد فاذا ثبت الحكم فيه يثبت فيما دونه بالطريق الاولى **قوله** واطلاق الجواب في غير الاب والجد وهو قوله وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ **قوله** وهو الصحيح احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الخيار فيما اذا زوج القاضي اليتيم واليتيمة ووجهه ان للقاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعا فيكون ولايته في القوة كولاية الاب ووجه ظاهر الرواية ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهما الخيار في تزويج الاخ والعم ففي تزويج القاضي اولى وكذلك الام اذا زوجت الصغير والصغيرة جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وفي اثبات الخيار لهما اذا ادركا عنه روايتان في احدى الروايتين لا يثبت لان شفقتها وافرة كشفقة الاب او اكثر والاصح انه يثبت لهما الخيار لان لها قصور الرأي مع وفور الشفقة ولهذا لا تثبت ولايتها في المال وتمام النظر بوفور الرأي والشفقة كذا في المبسوط وقصور الرأي في الام ونقصان الشفقة في القاضي .

ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنالدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء

قوله ويشترط فيه القضاء لان سبب تمكن الخلل لقصور في الرأي والشفقة ولا يوقف على حقيقته اولانه مختلف فيه منهم من ابى ومنهم من رأى فيتوقف على القضاء كالرجوع في الهبة بخلاف خيار العتق لان سببه مقطوع به وهو زيادة ملك الزوج عليها ولهذا يختص بالانثى لان زيادة الملک في العتق يتصور في الامة دون العبد الا ترى انه كان يملک مراجعتها فكان لها ان تدفع الزيادة لان ولاية الولي لم تكن ثابتة في هذه الزيادة وصار العقد في هذه الزيادة كانه وجد الآن فكان الاختيار فيها دفعا للحكم عن الثبوت لا رفعا له بعد الثبوت والدفع لا يفتقر الى القضاء لان الدفع امر يستقل به الدافع لان لكل واحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالرد بالعيب قبل القبض فانه يتم بالخصم بدون الحكم ولانها تنفرد بدفع اصل الملک بعد الحرية حتى لا يجوز النكاح بلا رضاها فكذا تنفرد بالزيادة الا انها لا تملك دفع الزيادة الا برفع ما كان ثابتا وهو اصل الملك فملكت رفع ما كان ثابتا ضمنا لدفع الزيادة لا قصدا ولا يقال ان المرأة ان كانت دافعة للزيادة فهي مبطلة حق الزوج عما كان ثابتا والزوج يستبقي ملكه الثابت ثم تثبت الزيادة ضمنا له فلماذا ترجح جانبها لان الزوج وان تضرر بابطال ما كان ثابتا له الا ان اعتبار جانبها اولى لانها تبطل حقا مشتركا بينها وبينه وهنا حكم العقد قد ثبت على الكمال ولم يزدد الملك بالبلوغ ولكنا احتجنا الى الفسخ لتوهم ترک النظر من الولي لقصور شفقته وذا خفي موهوم اذ لو كان ظاهرا لما نفذ لان الولاية

ثم عند هما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لاتتمكن من التصرف الابه والولي ينفرد به فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فعذرت بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت اويجيء منه مايعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحال ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ماثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غيران سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق

مقيدة بالنظر ولهذا يشمل الذكر والانثى لان تمكن الخلل يشملهما فجعل الزاما في حق الآخر لكونه رفعا لحكم ثابت فيتوقف على قضاء القاضي كالرد بالعيب بعد القبض ٭ **قوله** ثم عند هما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا اي اذا بلغت وهي بكر **قوله** اويجيء منه مايعلم انه رضا نحو سوق المهر والتقبيل والوطء **قوله** بخلاف خيار العتق لانه يثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فانه لايبطل بالسكوت ويمتد الى آخر المجلس ويبطل بالقيام عن المجلس لانه ثبت باثبات المولى لانه حكم العتق وهو ثابت باثباته واليه اشار بقوله عم ملكت بضعك فاختاري **قوله** ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق وكذا بخيار العتق فان قيل النكاح لا يحتمل الفسخ قلنا نعم بعد التمام واللزوم

وان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمه موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فتقرر به ٭

قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا يثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم ومسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث

والفرقة في باب البلوغ تثبت حكما لقصور الولاية فيمنع لزوم النكاح فاحتمل الفسخ وفي العتق انما ثبت الخيار لرد الزيادة ولا ولاية للمولى فيها فسقط لزومه ايضا فكيف يكون طلاقا وهو مخصوص بالمرأة باثبات المولى ولا طلاق البها بخلاف المخيرة لان الزوج ملكها وهو مالك للطلاق ولا مهر لها عليه في الفرقة بخيار البلوغ ان لم يدخل بها وان دخل بها وجب المسمى فيهما فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق كما لو وجد الاعتراض بعدم الكفاءة فمات احدهما قبل قضاء القاضي ٭

قوله لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فان هذا يقتضي نفي السبيل من كل وجه لان النكرة في موضع النفي تعم لكن السبيل قد ثبت حقيقة فيراد به نفي السبيل حكما كقبول الشهادة والولاية والقضاء والوراثة

ولغير العصبات من الا قارب ولاية التزويج عند ابي حنيفه رحمه الله معناه
عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه
مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى
العصبات الصيانة ولابي حنيفة رح ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى
من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة
القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء

قوله لغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه عند
عدم العصبات ثم بعد العصبات وان بعدت مولى العتاقة ثم العصبة لمولى العتاقة ثم الام ثم
ذو الارحام الاقرب فالاقرب فان الاقرب عند ابي حنيفة رحمه الله بعد العصبات للام
ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم ابن بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب
وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات
واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي
اذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده واذا لم يشترط فلا ولاية له وفي فتاوى قاضيخان
رح ثم القاضي انما يملك النكاح من يحتاج الى الولي اذا كان ذلك في عهده ومنشوره والا فلا
قوله لهما ما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام النكاح الى العصبات اللام للجنس فينبغي
ان يكون الجمع مفوضا اليهم ولا يشترط اجتماعهم لانه مقابلة الجمع بالجمع فيقتضي انقسام
الآحاد على الاحاد ولان اللام اذا دخل على الجمع بطل معنى الجمعية وصار كالفرد

فالولاية الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له فاذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة و قرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الامرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه هو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات والله اعلم ٭

قوله فالولاية الى الامام اي الخليفة **قوله** والحاكم اي القاضي **قوله** وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رأيه وعن هذا ذكر الامام القاضيخان رحمه الله في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلدة لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة **قوله** وقال محمد رحمه الله ابوها لان ولاية الاب تعم النفس والمال ولا يثبت للابن الولاية في المال كذا في المبسوط والله اعلم ٭

فصل فى الكفاءة

الكفاءة فى النكاح معتبرة قال صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر فى النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض

فصل فى الكفاءة

قوله الكفاءة فى النكاح معتبرة اي يعتبر وجودها في حق اللزوم فى النكاح فعند عدمها كان للاولياء حق الاعتراض بالتفريق وعن الكرخي رحمه الله انه كان يقول الاصح عندي انه لا تعتبر الكفاءة اصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء فلان لا يعتبر فى النكاح اولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة فى الدين غير معتبرة في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر الذمي ولا يدل ذلك على انه غير معتبر فى النكاح كذا فى المبسوط **قوله** ثم الكفاءة تعتبر فى النسب الاعلى قول سفيان الثوري فانه كان يقول لا يعتبر الكفاءة من حيث النسب وقيل انه كان من العرب فتواضع ورأى الموالي كفوا له وابو حنيفة رحمه الله كان من الموالي فتواضع ولم ير نفسه كفو اللعرب وحجته في ذلك قوله عليه السلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقكم قلنا التفاضل فى الآخرة بالتقوى وهو المراد بالآية **قوله** فقريش بعضهم اكفاء لبعض القرشي

بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمة الله تعالى عليه الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه اوله اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف

من كان من ولد النضر والهاشمي من كان من ولد هاشم بن عبد مناف والعربي من جمعهم اب فوق النضر والموالي من سواهم وسموا موالي لانهم نصروا العرب وسمي الناصر مولى قال الله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم ولان بلادهم فتحت على ايدي العرب وكانوا بسبيل من استرقاقهم فكانهم كانوا عبيدهم ثم عتقوا بالمن عليهم ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش فان رسول الله عليه السلام زوج بنته من عثمان رضي الله عنه وكان امويا وعلي رض زوج بنته من عمر وكان عدويا

قوله بطن ببطن يعني لا عبرة لفضل البعض على البعض فيما بين قريش حتى ان هاشمية لو زوجت نفسها من قرشي غيرها شمي لا يكون لاوليائها حق الاعتراض مع ان الهاشمية افضل من قريش وغير القرشي من العرب لا يكون كفوا للقرشي حتى لو زوجت قرشية نفسها لغير القرشي من العرب كان لاوليائها حق التفريق

قوله والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة لا اعتبار بفضل بعض القبائل على البعض الا بنو باهلة وافضلهم بنو هاشم وبنو باهلة معروفون بالخساسة فانهم كانوا يستخرجون الدسم من عظام الموتى ويأكلونه **قوله** كما هو مذهبه في التعريف وصورته ان يذكر الشاهد نسب المدعى عليه بابيه اذا كان غائبا وعند هما بابيه وجده

ومن اسلم بنفسه لايكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ماذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضعة نسبه وقال محمد رحمه الله لا يعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتني احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به.

قال وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لايملكهما او لايملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلابد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ماوراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرأة قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى و يتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله لا تعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله

قوله لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالاسلام كما قال سلمان حين تفاخر الصحابة رضي الله عنهم وقالوا سلمان ابن هرمز قال سلمان ابن الاسلام **قوله** اي في الديانة وهي التقوى والصلاح والحسب وانما فسره بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة **قوله** وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح وذكر شمس الائمة رحمه الله ان الصحيح عند ابي حنيفة رحمه الله ان الكفاءة في التقوى والحسب غير معتبرة وعن ابي يوسف

وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ والكناس وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدنائتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها ه قال واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة رح ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانهم لا يعيرون به واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه

رحمه الله انه اعتبر الكفاءة في الحسب ولم يعتبر في التقوى وفسر الحسب فقال هو مكارم الاخلاق كذا في المحيط وذكر الامام المحبوبي رحمه الله محيلا الى صدر الاسلام رحمه الله فالخسيس لا يكون كفوا للحسيب والحسيب الذي له جاه وحرمة وحشمة عند الناس والخسيس الذي لا جاه له بل هو من جملة العوام قالوا الحسيب يكون كفوا للنسيب حتى ان الفقيه يكون كفوا للعربي لان شرف العلم فوق شرف النسب ولو تزوجها وهو كفو لها ثم صار فاجرا داعرا لا يفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة عند ابتداء النكاح لا استمرارها بعد النكاح كذا في الفتاوى الظهيرية ه

قوله وعن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه في ذلك روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفوا للعطار وفي رواية قال الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام **قوله** وهذا الوضع انما يصح على قول

ومعنى هذا الكلام انه لايجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لم يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية هي المقصودة في التصرف المالي

محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه يعني ان عنده لايصح النكاح بغير ولي فكيف يتصور ان يتزوج وينقص من مهر مثلها فقال صح رجوع محمد رحمه الله الى قولهما ان النكاح ينعقد بغير ولي وهذا الوضع على اعتبار قوله المرجوع اليه ويتصور ايضا فيما اذا اكرهت المرأة والولي على ان تزوجها باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وابى الولي فليس له ذلك عندهما وذكر في الاسرار وقول محمد رحمه الله انما يتصور فيما اذا طلبت التزويج من الولي بكفو بدون مهر مثلها لم يجبر الولي عليه وعندهما يجبر وذكر في المبسوط ثم فيما فيه الاعتراض للولي لو طلق زوجها قبل تفريق القاضي وقبل ان يدخل بها كان لها نصف ماسمي لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياسا الا انا اوجبنا لها نصف المسمى بالنص وان فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لانه فسخ اصل النكاح بهذا التفريق واذا زوجها الولي من غير كفو ثم فارقته ثم زوجت نفسها اياه بغير الولي كان للولي حق التفريق فلايكون رضاه بالنكاح الاول رضا بالنكاح الثاني كذا ذكر في الذخيرة *

قوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما وانما فسر بهذا لانه قال بعض اصحابنا ان الزيادة والنقصان لايجوز عندهما فاما اصل النكاح فصحيح والاصح ان النكاح باطل عندهما وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمة الله تعالى عليه ظن البعض ان عندهما يجوز النكاح لان بطلان التسمية لا يبطل النكاح كالتزويج بخمر

والدليل قد مناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز والله اعلم ۔

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقدها بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع

ويقال للزوج اما يزيد في المهر او يفسخ العقد والصحيح ان النكاح باطل كما لا يصح تصرفه في المال بغبن فاحش لان الولاية مقيدة بالنظر وعندهما ان النكاح موقوف على اجازتهما اذا بلغا وقيل عنهما روايتان ويجوز ان يوفق بينهما فنقول ما قال لا يجوز اي لا ينفذ بل يتوقف كبيع الراهن الرهن وابى المرتهن ان يجيز البيع وهو موقوف وفي الاجناس عقيب قوله لا يجوز النكاح فان بلغت فاجازت جاز في قولهما ۔

قوله والدليل قد مناه وهو قرب القرابة **قوله** لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها حتى لو عرف سوء الاختيار من الاب مجانة وفسقا كان عقده باطلا والله اعلم ۔

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

قوله واذا اذنت المرأة الرجل ان يزوجها من نفسه ذكر في التمرتاشي فزوجها من نفسه بامرها وقال اشهدوا ان فلانة وكلتني ان ازوجها من نفسي ولم يبينها ولم يعرفها الشهود لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية الا ترى انه لو قال زوجت امرأة قد وكلتني لا يجوز وفي شرح القاضي لو كانت حاضرة منتقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر رحمهما الله يجوز

الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير و التمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول *

قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رح تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر بعد ما قال اشهدوا اني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين

وقيل لا يجوز ما لم يرفع نقابها ويراها الشهود كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله *

قوله الا ان الشافعي رحمه الله يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه اكثر ما في الباب ان يأمر غيره ولكن امر غيره من احد الجانبين فمأموره قائم مقامه فلو منعناه من تولي الشطرين لامتنع النكاح اصلا **قوله** دون التعبير يعني المنافاة بين كون الشخص الواحد مملكا ومتملكا انما يكون في حكم هذين اللفظين لا في التعبير بهما والشخص الواحد جاز ان يعبر بلفظ التمليك والتملك والحكم في عقد النكاح راجع الى الزوجين الا ترى انه لا يستغني عن الاضافة اليهما بخلاف البيع **قوله** وله مجيز انعقد

اوفضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولوجرى العقد بين الفضوليين اوبين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هويقول لوكان مأمورا من الجانبين ينفذفاذاكان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهماان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذاعند الغيبة وشطر العقد لايتوقف على ماوراء المجلس كمافي البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وماجرى بين الفضوليين عقدتام وكذا الخلع واختاه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به

موقوفا على الاجازة بخلاف مااذا زوج رجل رجلا امرأة لايحل له نكاحها لانه ليس لهذا العقد مجيزه

قوله اوفضوليا من جانب واصيلا وكذافضوليا ووليا اووكيلا من جانب عندهما خلافاله

قوله فاذاكان فضوليا يتوقف لان الفرق بين المأمور وغيره النفاذ لا الانعقاد

قوله وصاركالخلع والطلاق والاعتاق على مال بان قال خالعت امرأتي على كذا فبلغها الخبرفقبلت اوقال طلقت امرأتي على كذافبلغها الخبرفقبلت اوقال اعتقت عبدي على كذا فبلغه الخبرفقبله **قوله** وكذا الخلع واختاه اي الطلاق والاعتاق على مال لانه تصرف يمين لمافيه من تعليق الطلاق والعتاق بالقبول لصحة تعليقهمابالشرط فاذا بلغهما وقبلا صح لوجود الشرط ولهذا لايصح الرجوع عن ذلك فلليمين حكم فبقي باعتبار حكمه ولايمكن ان يجعل النكاح تعليقا لانه لايحتمل التعليق بالشرط ولايلزم على هذا مااذا قال بمحضرمنها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ولوكان تعليقا بالشرط لمابطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات ما يبطل بالقيام عن المجلس كقوله انت طالق ان شئت فانه يقتصرعلى وجود المشية في المجلس حتى

ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره اميره بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك

يبطل بقيامها عن المجلس وفي الجامع الصغير التمرتاشي رحمه الله والواحد يتولى طرفي الخلع اذا سمى البدل وعن محمد رحمه الله بلا تسمية ايضا لان الحقوق لا ترجع اليه وجه الظاهر ان الخلع لا يجب فيه البدل بلا تسمية ويحتاج فيه الى طلب الزيادة والنقصان والواحد لا يصلح مستزيدا ومستنقصا بلا مسمى وفي المسمى لا حاجة الى ذلك وما قالوا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين فيما اذا تكلم الفضولي بكلام واحد بان قال الفضولي زوجت فلانة من فلان اما اذا تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت منه يتوقف بالاجماع كذا في شرح الكافي ٠

قوله لم تلزمه واحدة منهما وعن ابي يوسف رحمه الله ولا يصح نكاح احدهما ان لم يكن بينهما محرمية واليه البيان كما لو طلق احدى امرأتيه ولو مات قبل البيان فالمهر والميراث بينهما وعليهما عدة الوفاة وجه المشهور ان تصحيح النكاح في المجهول تعليق بالبيان وانه لا يصح بخلاف الطلاق لانه يحتمل التعليق **قوله** وعدم التهمة لان الامة لغير المزوج والضرورة لانه ليس تحته حرة **قوله** قلنا العرف مشترك لان الاشراف كما يتزوجون الشريفات يتزوجون المعتقات والاماء فلا يصلح مقيدا لانه حينئذ يقع التعارض فبقي الاطلاق

اوهو عرف عملي. فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو والله اعلم بالصواب ٭

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهر لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله ٭

قوله اوهو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وهذا لان المتعارف ان لا يتزوج الشريف الامة املا عرف في ان مثله لا يسمى تزوجا اوغير الكفؤ لا يسمى امرأة والاطلاق صفة اللفظ والعقد يرد عليه فلا بد ان يكون لفظا الا ترى انه لو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم خنزير او آدمي حنث مع انه غير معتاد فعلا لانه لحم **قوله** ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز بالاجماع وانه معتاد الا ترى ان النبي عليه السلام تزوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست سنين فان قيل اذا وكل بشراء الفحم يتقيد بالشتاء وبشراء الجمد يتقيد بالصيف قلنا فيه منع ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في كتاب البيوع والله اعلم بالصواب ٭

باب المهر

قوله ثم المهر واجب شرعا فان قيل لو زوج امته من عبده لا يجب المهر كذا ذكره في المحيط فعلم ان النكاح بلا مال جائز قلنا قد قيل بانه يجب ثم يسقط ومن قال انه لا يجب اصلا لانه لا فائدة في ايجابه اونقول له بان النص يتناول الاحرار بدليل السباق والسياق **قوله** وفيه خلاف مالك رحمه الله اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها فان هذا

واقله عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لها لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمي اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كعدمها ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة رحمهم الله تعالى وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا

النكاح لا يجوز عنده فان قيل النكاح عقد معاوضة يفتقر الى المهر كالبيع يفتقر الى الثمن ثم نفي الثمن يفسد البيع فنفي المهر ينبغي ان يفسد النكاح قلنا الثمن عوض اصلي في البيع لا قتضائه الثمن لغة وشرعا اذ هو لغة تمليك شيء بشيء وشرعا تمليك مال بمال فترك تسميته يفسده كترك تسمية احد الزوجين واما المهر فليس بعوض اصلي لان النكاح لغة لا يقتضيه لانه ينبئ عن الازدواج وذا الصيرورة كل زوجا لصاحبه وانما وجب شرعا اظهارا لخطر المحل فوفرنا على الشبهين حظه فمن حيث انه ليس بعوض اصلي لا يفسد النكاح بعدمه ونفيه ومن حيث انه عوض شرعا لا ينعقد بدونه

قوله واقل المهر عشرة دراهم لقوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة وغيرالدراهم لم يتقيد بالعشرة فتعينت الدراهم ضرورة **قوله** لانه حق الشرع وجوبا لقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم فهذا النص يقتضي ان صاحب الشرع هو المتولي للايجاب والتقدير وان تقدير العبد امتثال فمن جعل الى العبد احتبار الايجاب وترك التقدير كان رادا له

ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على مانبينه ان شاء الله تعالى ٥

قوله والاقيسة متعارضة جواب سؤال وهو ان يقال ينبغي ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فينبغي ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم اقالا فاجاب عنه وقال ان هنا قياسا آخر يقتضي وجوب كل البدل لان الطلاق يشبه الاعتاق وبيع ما اشترى لانه قاطع للملك ومنه له بتصرف ملك بالنكاح فهذا الوجه يوجب تأكد جميع البدل فعلم ان القياسين تعارضا ولا يقال القياسان اذا تعارضا يعمل باحدهما بشهادة القلب فكيف تركا ولا يقال ايضا النص مقدم على القياس وقوله والاقيسة متعارضة فكان المرجع فيه النص يوهم تقدم القياس عليه قلنا هذا النص دخل فيه الخصوص كما اذا سمى الخمر والخنزير واذا اثبت الخصوص كان القياس مقدما عليه فجاز ان يعارضه القياس وهو ان لا يجب عليه شيء الا ان القياسين لما تعارضا لم يثبت الخصوص فيما وراء المخصوص واذا لم يثبت الخصوص بالقياس يجب عليه نصف المسمى عملا بالنص **قوله** ففيه تفويت الزوج الملك بيان التعارض فالتفويت يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض **قوله** وفيه عود المعقود عليه اليها سالما يقتضي عدم وجوب شيء في المهر كما في الاقالة والفسخ بخيار رؤية اوشرط

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك رحمة الله تعالى عليه*

قوله ان دخل بها او مات عنها وكذلك ان ماتت المرأة قوله واكثرهم اي اكثر اصحاب الشافعي رحمه الله قوله ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع وذكر في المحيط وفي المهر حقوق ثلثة حق الشرع وهو ان لا يكون اقل من عشرة وحق الاولياء وهو ان لا يكون اقل من مهر مثلها وحق المرأة وهو كونه ملكا لها غير ان حق الشرع وحق الاولياء يعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء قوله فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن وانما قلنا ان هذه المتعة مخصوصة بهذه الصورة لسياق الآية وهو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن قيل او بمعنى الواو اي وما لم تفرضوا قوله ثم هذه المتعة واجبة قوله هذه احتراز عن المتعة المستحبة وهي فيما اذا طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهرا قوله وفيه خلاف مالك رحمة الله تعالى عليه فعنده مستحبة لان الله تعالى قال حقا على المحسنين والمحسن اسم للمتطوع قلنا قد فسرا لاحسان بالايمان*

والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص من خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لانه مفروض فينتصف بالنص ولنا ان هذا الفرض

قوله ثلثة اثواب من كسوة مثلها على قدر فقر الرجل ويساره وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما وقالوا هذا في ديارهم فاما في ديارنا فينبغي ان يجب اكثر من ذلك لان متعتها ان يكون ثياب بدنها عادة والنساء في ديارنا يلبسن اكثر من ثلثة اثواب فيزاد على ذلك ازار ومكعب وكان الكرخي رحمه الله يقول المعتبر في المتعة المستحبة حال الرجل وفي المتعة الواجبة يعتبر حالها لانها خلف عن مهر المثل وفي مهر المثل يعتبر حالها فكذا في خلفه والصحيح انه يعتبر حاله لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره اي على الغني بقدر ماله وعلى المقل بقدر ماله ثم لا يزاد على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم لان المتعة وجبت عوضا عن البضع وكل العوض لا يجوز ان يكون اقل من عشرة فنصف العوض لا يجوز ايضا ان يكون اقل من خمسة وذكر في شرح الطحاوي والمتعة ثلثة اثواب على

تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا ينتصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلي الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف*

قال فان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه اولا ينتصف مع الاصل لان التنصف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر حقها والحط يلاقيه حالة البقاء*

اعتبار حالها فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم*

قوله تعيين للواجب وهذا لان الواجب الاصلي في النكاح مهر المثل والتسمية بعد العقد تعيين لقدر ذلك الواجب ولهذا اكتفى بهذا المسمى اذا دخل بها او مات عنها فلو كان المسمى بعد العقد غير ما وجب بالعقد لوجب عليه المسمى ومهر المثل ايضا واذ اقامت التسمية مقام مهر المثل ومهر المثل لا ينتصف فكذا ما قام مقامه

قوله والمراد بما تلي الفرض في العقد هو جواب عما يقال قولكم مهر المثل لم ينتصف فكذا ما نزل منزلته هذا عمل بالرأي على مخالفة النص فاجاب بان المراد بالنص المفروض في العقد لا بعده فلم يكن هذا الرأي مخالفا للنص وانما لم ينتصف المتعة لان التنصيف ثبت بخلاف القياس عند وجود المسمى في العقد فيبقى ما وراءه على اصل القياس *

واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطئ ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفيا بالوطئ فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعري من تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها واما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى

قوله واذا خلا الرجل بامرأته ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لانه طلاق قبل المس فينتصف بالنص ولنا قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة اذ الافضاء عبارة عن الخلوة ومنه سمي المكان الخالي فضاء والمس ليس بوطئ حقيقة وانما حمله على الوطئ لانه سببه فاطلق اسم السبب على المسبب وحملناه على الخلوة لانه لا يمس امرأته عادة الا في الخلوة فكان اطلاق اسم الملزوم على اللازم او السبب على المسبب اذ الخلوة الصحيحة سبب المس ظاهرا وما ذكرنا اولى لتأييده بالنص وبقوله عليه السلام من كشف خمار امرأته ثم طلقها وجب عليه المهر كاملا وقد حكى الطحاوي رحمه الله اجماع الصحابة في هذه المسئلة وعن الخلفاء الراشدين ان من اغلق بابا على امرأته او ارخى سترا ثم طلقها وجب لها الصداق كاملا [illegible] هذا التفصيل في مرضها

وهذا القول في حق المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به ٭

وفي الذخيرة والحاصل ان المرض في جانبها متنوع بلا خلاف واما المرض من جانبه فقد قيل انه ايضا متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد رحمه الله وهو الصحيح ٭

قوله وهذا القول في حق المهر هو الصحيح لان في العمل بهذه الرواية رعاية حق المرأة وفي العمل بالرواية الاخرى رعاية حق الله تعالى وحق العبد مقدم على حق الله تعالى لاحتياجه وغنى الله تعالى حتى قلنا باباحة الافطار حتى لا يمنع صحة الخلوة وفي الفتوى لا يباح فان قيل ينبغي ان لا يلزم كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا يكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان قلنا لزوم القضاء في التطوع عندنا الضرورة صيانة المؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فيظهر ذلك في حق الصائم خاصة بالقضاء فلا يعدو الى غيره حتى يفسد الخلوة بخلاف صوم قضاء رمضان فانه فرض مطلقا فكان اثره عاما وفي الذخيرة الاحكام التي اقاموا الخلوة فيها مقام الوطي تأكد جميع المسمى ان كان في العقد تسمية وتأكد مهر المثل ان لم يكن في العقد تسمية وثبوت النسب ووجوب العدة ووجوب النفقة والسكنى في هذه العدة وحرمة نكاح اختها مادامت العدة قائمة وحرمة نكاح اربع سواها وحرمة نكاح الامة عليها على قياس قول ابي حنيفة

قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري رحمه الله في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لعدم التمكن حقيقة

رحمه الله في حرمة نكاح الامة على الحرة في العدة عن طلاق بائن ومراعاة وقت وقوع الطلاق في حقها واما الاحكام التي ما اقاموا الخلوة فيها مقام الوطئ فالاحصان حتى لا يصير محصنا بالخلوة وحرمة البنات والاحلال للزوج الاول والرجعة والميراث حتى لو طلقها ثم مات وهي في العدة لا ترث واما وقوع طلاق آخر في هذه العدة فقد قيل لا يقع وقيل يقع وهو اقرب الى الصواب لان الاحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب القول بالوقوع احتياطا ثم هذا الطلاق يكون رجعيا او بائنا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله انه يكون بائنا والعدة حق الشرع والولد حتى لا يصير الولد هالكا *

قوله وعليها العدة في جميع هذه المسائل اي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل مع تحقق هذه الموانع نظرا الى التمكن الحقيقي والعدة تجب حقا للشرع والولد لصيانة الولد عن الاشتباه ولو اذن لها الزوج لا يحل لها الخروج فيحتاط فيها اذا وقع الشك في الوجوب ولا تصدق في ابطال حقهما بخلاف المهر لان المال لا يجب بالشك فلا يجب اذا لم تصح الخلوة فان قيل التوهم معدوم في فصل الجب قلنا شغل رحمها بمائه موهوم بالسحق ولهذا اثبت النسب اذا جاءت بولد على رواية ابي سليمان فتوهم الشغل بالسحق يوجب العدة وانتفاؤه لعدم الوطئ حقيقة يمنع فيجب احتياطا

قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا

قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وهنا اشكال في الاستثناء وفي الصدر اما في الاستثناء فلان حكم المستثنى لا بد ان يكون مخالفا للمستثنى منه ولم يوجد اذ الاستحباب ثابت في المستثنى كما في المستثنى منه فقد ذكر في المبسوط والمحيط والحصر والمختلف ان المتعة تستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا واما في الصدر فلان المتعة تجب للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا كما مر قبل هذا واجاب عن الاول بانه اتبع القدوري وهو قد ذكر في شرحه ان المتعة لا تستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا ولانه من نفى الاستحباب اراد الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الفراق وهو معدوم في المستثنى لان نصف المهر يجب بطريق المتعة اذ الطلاق فسخ في هذه الحالة فقد حصل الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الطلاق بنصف المهر ومن اثبته اراد به الاحسان الى من عجز عن التكسب وذا مندوب فظهرت المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه وعن الثاني بانه اجرى لفظ الاستحباب على العموم واراد به حقيقته في البعض وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهرا والمجاز اي الوجوب في البعض وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا اذ في الوجوب استحباب وزيادة وهذا واضح عند مشايخ العراق لتجويزهم الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل اوبقا

والخلف لايجامع الاصل ولاشيئا منه فلا يجب مع وجوب شيء من المهر وهو مير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه بنته او اخته ليكون احد العقد ين عوضا عن الآخر فالعقد ان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه بطل العقد ان لانه جعل نصف البضع صدا قا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمي ما لا يصلح صدا قا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمي الخمر والخنزير

اراد بقوله لكل مطلقة غير التي تجب لها المتعة لانه بين حكمها سابقا فدل سبق ذكرها على انه اراد بهذا العموم غيرها كيلا يلزم التكرار في البعض او التناقض وذكر الامام بدر الدين الكردري رحمه الله وحاصله ان المطلقات اربعة مطلقة قبل الدخول بلا تسمية وهي التي تجب لها المتعة ومطلقة بعد الدخول وقد سمي لها مهرا ومطلقة بعد الدخول ولم يسم لها مهرا فتستحب المتعة لهما ومطلقة قبل الدخول مع التسمية وهي التي لا تستحب لها المتعة ولا تجب على اختيار القدوري وصاحب التحفة.

قوله والخلف لايجامع الاصل اي لايجامعه وجوبا وانما يجامعه استحبابا لانها مبرة واحسان فلم يجب مع وجوب كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية **قوله** ولا شيئا منه اي ولا عند وجوب نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية **قوله** وهو غير جان في الايحاش هذا جواب عن حرف الخصم وهو قوله اوحشها بالفراق لانه فعل ما فعله باذن الشرع فلا تلحقه الغرامة فلا تجب المتعة **قوله** واذا زوج الرجل بنته او اخته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر وشرطا صريحا بان قال على ان يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى واجمعوا انه لو قال زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك ولم يقل على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى جاز النكاح ولا يكون شغارا **قوله** لانه جعل

ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن جاز فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح

نصف البضع صداقا والنصف منكوحة وذلك لانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداقا لابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف منها للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر وملك النكاح لا يحتمل الاشتراك كما لو زوجت المرأة نفسها من رجلين ٭

قوله ولا شركة بدون الاستحقاق هذا جواب عن حرف الخصم بيانه ان البضع لما لم يكن له صلاحية كونه صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح ان يكون مملوكة لامرأة اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف ما لو زوجت المرأة نفسها من رجلين حيث لا يصح لصلاحية الاشتراك لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشتراك ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من قولهم شغروا فلانا من بلد اذا نفوه وطردوه لما انه عقد نفي عنه المهر وعن ابن فارس التركيب يدل على الخلو كذا في المغرب المهملة العين وذكر في الصحاح يقال شغر الكلب اذا

لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حرآخر برضاه لانه لامناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وبامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصاركالمتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذلا تستحق فيه بحال فصاركتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد لضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لا يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بخمسمائة

رفع احدى رجليه ليبول وسمي به هذا العقد لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه *

قوله لما فيه من قلب الموضوع وهو ان عقد النكاح يقتضي ان تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج اياها مهرا لها يكون الرجل خادما والمرأة مخدومة فكان على خلاف موضوع عقد النكاح فلا يجوز **قوله** على انه ممنوع في رواية اي في رعي الغنم رواية اخرى على انه لا يجوز مهرا وهي رواية الاصل والصواب ان يسلم لها مهرا جما عا استدلالا بقصة موسى وشعيب عليهما السلام وشريعة من قبلنا يلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار **قوله** لان تقومه بالعقد لضرورة اي لاحتياج الناس اليه في موضع وهو عقد الاجارة فلا يكون له قيمة فيما وراءه فصار بمنزلة تسمية شيء لا قيمة له كالخمر فيجب مهر المثل

لانه لم يصل اليه بالهبة عين مايستوجبه لان الدراهم والدنانير لايتعينان فى العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا اوموزونا اوشيئا آخر فى الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحدمنهما على صاحبه بشيء وفى القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم المهرله بالابراء فلاتبرأ عمايستحقه بالطلاق قبل الدحول وجه الاستحسان انه وصل اليه عين مايستحقه بالطلاق قبل الدخول وهوبراءة ذمته عن نصف المهر ولايبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود ولوقبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره اووهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحدمنهما على صاحبه بشيء عندابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليها بنصف ماقبضت

قوله لانه لم يصل اليه بالهبة عين مايستوجبه لانه يستحق بالطلاق قبل الدخول نصف المهر والمقبوض ليس بمهر بل هوعوض عنه وهذا لان المهر دين فى الذمة والمقبوض عين فكان مثله لاعينه ولهذا لايلزمها عند الطلاق رد المقبوض بعينه فان لها ان تمسكها وتدفع غيرها فان النقود لايتعين فى العقود والفسوخ فصار هبة المقبوض كهبة مال آخر وحق الزوج في سلامة نصف الصداق ولم يسلم فله ان يرجع **قوله** ولايبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود لان الاسباب غيرمطلوبة لذواتها بل لاحكامها كمن قال لآخرلك علي الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال المقرله الجارية جاريتك ولي عليك الف لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه فى السبب وهو بيع الجارية ولايقال ان اختلاف الاسباب ينزل منزلة اختلاف الاعيان كما في قصة بريرة حيث قال النبي عليه السلام هي لك صدقة ولنا هدية لان ذا بالنظر الى غيرا لعاقدين كما في قصة بريرة واما بالنظر اليهما فلاينزل منزلة اختلاف الاعيان ولايلزم على هذا ما

اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلحق باصل العقد ولابي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي

اذا اشترى عبدا بالف فحط البائع عشر الثمن ثم وجد به عيبا ينقص عشر الثمن فانه يرجع بنقصان العيب وان حصل هذا بالحط لان موجب الرد بالعيب سقوط بعض الثمن وهذا لا يحصل بالحط لان العشر خرج من كونه ثمنا لالتحاقه باصل العقد فكان العقد واقعا على ما وراه فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا قال الرجل لآخر بعتني هذه الجارية بكذا او قال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها لاختلاف السبب مع ان المقصود قد حصل لان كل واحد من السببين اعني الشري او التزوج يثبت حل الوطئ قلنا هناك اختلف السبب والحكم جميعا اما السبب فظاهر لما ان الشري اغير التزوج واما الحكم فان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان النكاح يثبت الحل مقصودا والبيع لا يثبته ولو اثبته لا يكون مقصودا وهما لا يجتمعان فعند الاختلاف لم يثبت واحد منهما يقينا فصار كانهما لم يثبتا اصلا للتدافع في الحكم فلم يثبت الحل لما ان الموضع موضع الاحتياط واما فيما نحن بصدده فحكم السببين واحد لان كل واحد منهما يثبت الملك مقصودا وفي كل منهما وصول ما يستحقه الزوج اليه۔

قوله اعتبار البعض بالكل فانها لو لم تقبض شيئا حتى وهبت الكل لا يرجع عليها بشي ولو قبضت الكل ووهبت الكل منه يرجع عليها بنصف الالف فاذا قبضت النصف يرجع عليها بنصف ما قبضت **قوله** والحط لا يلتحق باصل العقد الا ترى ان من تزوج امرأة على عشرين درهما فوهبت له خمسة عشر منه لا يجب العشرة ولو التحق الحط باصل العقد اصار كانه تزوجها على خمسة ولو تزوجها على خمسة تجب عشرة

فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضت اولم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء في قولهم جميعا وفى القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض فى الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين فى الرد وهذا لان الجهالة تحملت فى النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمي مالها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها

واوحطت النصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم ينتصف الباقي فعلم بهذا ان الحط غير ملتحق باصل العقد وهذا لان النكاح ليس بعقد المعاوضة وهذا معاوضة ومبادلة مال بمال فلم يجب فيه اسناد الابراء والحط الى اصل العقد مع امكان التحقيق فى الحال *

قوله فعنده يرجع عليها الى تمام النصف صورته ما اذا تزوجها على الف فوهبت المراة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بثلثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما المعتبر هو المقبوض فصار كانه تزوجها على ما قبضت فينتصف المقبوض وهو ثمانمائة درهم

قوله ولو تزوجها على حيوان اوعروض فى الذمة اي على نوع من الحيوان غير موصوف بان قال على فرس او حمار او تزوجها على ثوب هروي او مروي فكذلك الجواب اي لم يرجع عليه بشيء قبضت اولم تقبض لان المقبوض متعين فى الرد اذ الاصل

كمافي تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولوتزوجها على الف ان اقام بها و
على الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهرالمثل لايزاد
على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا
جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رحمة الله تعالى عليه
الشرطان جميعافاسد ان ويكون لهامهر مثلها لاينقص من الف ولا يزاد على الفين
واصل المسئلة فى الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف
درهم وسنبينها فيه ان شاءالله تعالى ولوتزوجها على هذا العبد اوعلى هذا العبد فاذا احدهما
اوكس والآخر ارفع فان كان مهرمثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس
وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند
ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها

فى العرض والحيوان العينية وثبوته فى الذمة على خلاف القياس للضرورة لما فيه من الجهالة
ولكنها تحملت فى النكاح لانه تسامح فيه عادة فاذا تعين بالقبض صاركانه هو الذي
ورد عليه العقد فتعين بالرد ولا كذلك المكيل اوالموزون لانه يثبت فى الذمة ثبوتا اصليا اذا صار
موصوفا كالدراهم والدنانير فكان ملحقا بهما والحكم فيهما ان لايتعين المقبوض بالرد ٭
قوله كما في تسمية الكرامة اي كما اذا تزوجها على الف على ان يكرمها ولا يكلفها
الاعمال الشاقة وما تتعب بها **قوله** والهدية بان يرسل اليها الثياب الفاخرة مثلا
مع الالف وقال زفر رحمه الله تعالى ان شرطلها مع الالف ما هو مال كالهدية فالجواب
كذلك وان شرط ماليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف
فكذلك يتقوم بمنع التسليم اذا شرطلها فى العقد فاما الطلاق ونحوه فلا يتقوم بالاتلاف فكذلك
لايتقوم بمنع التسليم ولكنا لانوجب التسليم باعتبار تقوم ماشرطلها وانما كان لانعدام رضاها

فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

بالالف بدون المنفعة المشروطة كذا في المبسوط وذكر في الجامع الصغير التمرتاشي رح تزوجها على الف ان لم يخرجها من البلد وعلى الفين ان اخرجها او على الف ان لم تكن له امرأة وعلى الفين ان كانت له امرأة او على الف ان كانت عجمية وعلى الفين ان كانت عربية او على الف ان كانت ثيبا وعلى الفين ان كانت بكرا فالشرط الاول صحيح عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى والثاني فاسد ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الالف فان دخل بها فان وفى لها بالشرط فلها الالف والا فمهر المثل لا يجاوزبه عن الفين ولا ينقص عن الف وقالا الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله فاسدان لان كل واحد منهما معلق بخطر ولهما انه عقد بعقدين وخير نفسه في احدهما وله ان الاول لاخطر فيه فانه لو اقتصر عليه صح والثاني فيه خطر لانه يتعلق بانفساخ الاول ومن الدبوسي وغيره لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة وعلى الفين ان كانت جميلة يصحان بالاجماع لانه لاخطر في التسمية الثانية لان المرأة على صفة واحدة اما قبيحة واما جميلة لكن الزوج لا يعرف وجهله لا يوجب الخطر قال رضي الله تعالى عنه في نوادر ابن سماعة عن محمد رحمة الله تعالى عليه نص على الخلاف •

قوله فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع عندهما لا يشكل وكذلك عنده لان مهر المثل لا يعتبر بعد الطلاق قبل الدخول فيجب ما هو المتيقن ونصف الاوكس متيقن وهو فوق المتعة ظاهرا **قوله** وصار كالخلع والاعتاق على مال اي بهذا الطريق الذي ذكرنا بان خالع او اعتق على الف او الفين على هذا العبد او على هذا العبد

ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول منه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه لاموجب له فى البدل الاان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب فى الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها فى العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار واما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها على دابة لاتجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رح يجب مهر المثل فى الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا فى البيع لا يصلح مسمى فى النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لايفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردئ والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسطة لاختلاف معانى الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعين اصل تسمية فيتخير بينهما ه

قوله ان الموجب الاصلي مهر المثل كالقيمة في باب البيع **قوله** اذ هو الاعدل اي مهر المثل هو الاعدل لانه لا يجرى الزيادة فيه والنقصان **قوله** ان يسمى جنس الحيوان اي نوعه **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال لان منافع البضع ليست

وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه اذا ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا اوموزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

بمال بدليل انه لا يصح امهاره ولا تبطله الشروط الفاسدة والحيوان يثبت دينا في الذمة في مبادلة مال بما ليس بمال الا ترى انه وجب في الدية مائة من الابل شرعا وصفتها مجهولة فكذا ثبت شرطا وجعل كانه مال يلتزمه ابتداء والجهالة المستدركة لا تمنع صحة التزام المال ابتداء كما في الاقرار فان من اقر بشيء اوعبد لرجل صح واليه البيان وانما لا ينصرف الى الوسط لان المقربه عينه ليس بعوض وعين المهر هنا عوض وان كان باعتبار صفة المالية التزام المال ابتداء فلكونه عوضا صرفناه الى الوسط عند اطلاق التسمية ليعتدل النظر من الجانبين لان الوسط ذو حظ منهما ولكونه مالا يلتزم ابتداء لايمنع جهالة الصفة صحة الالتزام*

قوله ويخير الزوج لما بينا وهو قوله لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة

قوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب اي يخير الزوج اي بعد ما سمى جنسه بان قال ثوب هروي وبين عرضه وطوله بحيث لو اسلم فيه يجوز السلم فيتخير الزوج يضا في ظاهر الرواية وفي رواية لا يخير لانه يصير بمنزلة العين ولاخيار في العين

فان تزوج مسلم على خمرا وخنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابويوسف رحمه الله يجب القيمة لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه يقول لما اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رحمة الله تعالى عليه يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا

قوله فان تزوج مسلم على خمرا وخنزير فالنكاح جائز وعلى قول مالك رحمة الله تعالى عليه النكاح فاسد قياسا على البيع ولكنا نقول هما شرطا قبول الخمر وهو شرط فاسد الا ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا فاذا بطلت صار كانه لم يسم له عوضا فكان لها مهر مثلها وكذا نقول في البيع يصير كانه لم يسم ثمنا والبيع يفسد عند عدم التسمية وذكر في الايضاح وعقد النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والفقه فيه هو ان الشرط الفاسد في البيع بصير ربوا والربوا حرام بنص الكتاب ولا ربوا في باب النكاح فلم يؤثر الشرط في ركن العقد فيبقى الركن صحيحا والغا الشرط **قوله** فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وذلك لان التسمية واقعة على المشار اليه لانه قال تزوجتك على هذا وفي اشكال وهو انه سماه بغير اسمه لكن بهذا لا يمتنع انصراف اسمه اليه لان الشي

والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ فى التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفى مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد

قد يسمى باسم مجازه كما يسمى باسم حقيقته الا ترى ان من قال لامرأته هذه الكلبة طالق او قال لعبده هذا الحمار حر فانه يعتق وتطلق فلو امتنعت الاضافة اليه تسمية باسم غيره لما وقع الطلاق والعتاق وانما لا يمتنع لان التسمية تحتمل المجاز واما الاشارة فلا تحتمله فلا يستقيم ان تجعل الاشارة الى عين اشارة الى غيره اما اطلاق اسم عين يجوز على عين آخر مجازا لان الاشارة الى شيء بمنزلة وضع اليد على ذلك الشيء فلا يتصور ان يكون الوضع على شيء وضعا على شيء آخر فيتعلق الحكم بالمشار اليه ضرورة والمشار اليه ليس بمال فيجب مهر المثل الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله.

قوله والوصف يتبعه اي فى الاستحقاق كذا فى الاسرار **قوله** ومحمد رحمه الله تعالى عليه يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه فان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى هذا الاصل مجمع عليه انما البيان فى التخريج على هذا الاصل فابويوسف رحمه الله تعالى عليه يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا بتعلق الحكم بالمسمى وهو مال فصارت الاشارة لبيان وصف المسمى كانه قال عبد مثل هذا فى الوصف وكذا فى الخل ومحمد رحمه الله يقول اختلاف الجنس باختلاف معنى الذات وذا لا تفترق فى الحر والعبد اذ منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبرا جنسا واحدا فكانت العبرة

لقلة التفاوت فى المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت فى المقاصد

للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فصار كانه قال تزوجتك على هذا وسكت فاما الخل مع الخمر فجنسان مختلفان اذ المطلوب من الخل معلوم والمطلوب من الخمر معنى الاطراب فاذا كانا جنسين صار الحكم كما قال ابويوسف رحمه الله وابوحنيفة رحمه الله يقول اختلاف الجنس لا يتحقق الا بتبدل المعنى والصورة لان كل موجود من الحوادث موجود بصورته ومعناه فلا يأخذ الديان حكم الجنسين المختلفين الا اذا اختلفا صورة ومعنى وصورة الخمر والخل متحدة وكذا صورة الحر والعبد واذا لم يثبت اختلاف الجنس باختلاف المعاني لوجود الاتحاد صورة كان المشار اليه من جنس المسمى فكانت العبرة للاشارة فى الفصلين فصار كانه تزوجها على حر او خمر او ميتة فيجب مهر المثل وابويوسف رحمه الله خالف اصله فيما اذا كان المشار اليه يصلح مهرا كما اذا تزوجها على هذا الدن من الخمر فاذا هي حل او على هذا الميتة فاذا هي زكية وقال جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احدىٰهما وبطلت الاخرى اعتبرت الصحيحة فى الفصلين تعاديا من المصير الى مهر المثل لانه ضروري عنده لا يصار اليه الا عند التعذر ولان اعتبار التسمية حال صحتها لا يدل على اعتبارها حال فسادها وابو حنيفة رحمه الله يقول فيما روى ابويوسف رحمه الله عنه ان لها المشار اليه لانه من جنس المسمى وهذه الرواية اصح كذا حكى شمس الائمة السرخسي رحمه الله وفي رواية محمد رحمه الله عنه وقد عول عليه البعض ان لها مهر مثلها لان الموجب الاصلي هو مهر المثل والتسمية اقوى من حيث انها تعرف المعنى والاشارة تعرف الصورة لكن الاشارة اقوى من حيث انها تقطع الشركة ولا تحتمل المجاز بخلاف التسمية ففيما اذا كان المشار اليه لا يصلح مهرا رجحت الاشارة وفيما اذا كان يصلح مهرا رجحت التسمية رعاية للموجب الاصلي وهو مهر المثل فى الفصلين

فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف رح لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل

واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع

قوله فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي وهذه المسئلة مبنية على ما مهدناه من الاصل ووجهه ان عند ابي حنيفة رحمه الله تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو حتى وجب لها مهر المثل كانه لم يسم شيئا فههنا يكون تسمية العبد عند الاشارة الى الحر يكون لغوا ايضا فاذا لغت تسمية العبد الثاني صار كانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان وعند ابي يوسف رحمه الله تسمية العبد معتبرة وان اشار الى الحر فاعتبر تسمية العبدين هنا لكنه عجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته ومحمد رحمه الله يقول الامر كما قال ابو حنيفة رحمه الله ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها ما رضيت بان يتملك بضعها بعبد فيجب المصير الى مهر مثلها دفعا للضرر عنها فان قيل يشكل على هذا ما اذا تزوج امرأة على الف وعلى ان يعتق اباها ثم لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها فعلم بهذا ان وجوب نصف المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل قلنا ان المرأة انما رضيت بالالف بشرط وفاء ما قرن به وهو عتق ابيها فاذا لم يصل ذلك المشروط اليها صار كان التسمية لم توجد فيجب مهر المثل واما العبد الباقي في هذه الصورة فقد رضيت به معنى وذلك لانه لما ظهر ان احدهما حر صار كانه تزوجها ابتداء

وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا يقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفي ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره

على حر وعبد فلوكان كذلك لا يجب مهر المثل كذا هنا ولان المرأة يلزمها الضرر الكثير هنا كان لم يكمل مهر المثل لعدم امكان توقيها عنه فكانت مغرورة بشرط الزوج فيجب عليه دفع الغرور بتكميل مهر المثل وفيما نحن بصدده يمكن التعرف من حال كل واحد من المشار اليهما قبل النكاح فلو لزمها الضرر انما لزمها بتفريط كان منها فكان الضرر اخف **قوله** وكذا بعد الخلوة اي لا يجب المهر بعد الخلوة الصحيحة لانه لا يثبت بها التمكن فصار كخلوة الحائض وهذا معنى قولهم الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح **قوله** خلافا لزفر رحمه الله عنده يجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان الواجب عند فساد العقد بدل المتلف الا ترى ان المقبوض بالشراء الفاسد مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت فكذا المستوفي بالنكاح الفاسد **قوله** لعدم صحة التسمية لانها بناء على العقد وقد فسد العقد فيفسد ما بني عليه **قوله** وعليها العدة اي في التفريق بعد الدخول كذا في المتاركة ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق وقال زفر رحمه الله من آخر وطئ وطئها

قال و مهر مثلها يعتبر با خواتها و عما تها و بنا ت عما تها و بنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها من اقارب الا ب ولا ن الانسا ن من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر با مها و خا لتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فا ن كا نت الا م من قوم ابيها بان كا نت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ا ن تتسا وى المرأتا ن في السن و الجمال والمال والعقل والد ين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف با ختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف با لبكارة و الثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسا ئر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في ا لكفالة و كذلك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير و ضمن الثمن لا ن الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عا قد ومبا شر حتى ترجع ا لعهد ة عليه وا لحقو ق اليه

لا ن وجوب العد ة بسبب الوطي فيعتبر آخر الوطئا ت حتى لو حاضت بعد الوطي قبل التفريق ثلث حيض فقد انقضت العدة ولنا ان السبب الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة با لتفريق الاترى انه لو وطئها قبل التفريق لا يجب الحد وبعده يجب فلا تصير شارعة في العدة مالم ترتفع الشبهة بالتفريق ٭

قوله ومهر مثلها يعتبر با خواتها اي التي من قبل ا بيها وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقو م امها كا لخالا ت **قوله** من ا قار ب الاب من تتمة قول ابن مسعود رضي الله عنه كذا في فوا ئد حميد الدين رحمه الله **قوله** والد ين اي الديانة **قوله** باختلا ف الد ار اي البلد **قوله** واذا ضمن الولي اي ولي المرأة ٭

و يصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلوصح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه *

قال وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لوكانت مكرهة وكانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها

قوله ويصح ابراؤه اي ابراء الولي المشتري وكذا الوصي وهذا اذا اخذ او ابرأ ماهو واجب للصبي بعقدهما واما اذا لم يكن واجبا بعقدهما لايجوز بالاجماع **قوله** ويملك قبضه اي يملك الولي قبض الثمن بعد بلوغ الصغير **قوله** وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة وهذا جواب سؤال مقدر بان يقال ان الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن فلوصح الضمان يصير ضامنا لنفسه فاجاب بان ولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لاباعتبار انه عاقد **قوله** كما في البيع للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا للمرأة حق حبس المعقود عليه في النكاح وهومنافع البضع **قوله** لان حق الحبس لاستيفاء المستحق اي حق حبس المرأة للزوج لاستيفاء المستحق بعقد النكاح وليس له حق الاستيفاء قبل ايفاء المهر **قوله** لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع اذا كان الثمن مؤجلا ليس للبائع حق حبس المبيع

ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة او بالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل بالبدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغربة تؤذي وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة

قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان يأتي بشيء قليل

قوله ويبتني على هذا استحقاق النفقة اذا منعت نفسها فعنده لها النفقة لانها ليست بناشزة لان الامتناع بحق وعندهما لا نفقة لها لانها ناشزة **قوله** لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه المعقود عليه هاهنا في حكم العين حتى لا يصح فيه التوقيت وقد صار مسلما بالوطئة الواحدة برضاها او بالخلوة الصحيحة وبالمنع تصير مستردة والثابت لها حق المنع عن التسليم لا حق الاسترداد بعد التسليم **قوله** وله اي لابي حنيفة رح انها منعت منه ما قابل البدل كما لو سلم البائع بعض المبيع الى المشتري لا يسقط حقه في حبس ما بقي منه **قوله** لان الغريب يؤذي وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وكثير من المشايخ على انه ليس للزوج ان يسافر بها في زماننا وان اوفاها المهر لان الغريب ممتهن ولكن ينقلها الى القرى اين احب لانه لا يتحقق الغربة وعليه الفتوى وله ان ينقلها من القرية الى المصر ومن القرية الى القرية **قوله** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فهذه

كب

ومعناه مالا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها

المسئلة على وجوه اما ان اختلفا في حيوتهما او بعد موتهما اختلف ورثتهما او بعد موت احدهما فان اختلفا في حيوتهما فلا يخلو اما ان اختلفا قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان كان الاختلاف في اصل التسمية اولم يكن او في مقدار المسمى اما اذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى في حال قيام النكاح او بعد الفرقة بعد الدخول او موت احدهما كان القول قول المرأة الى تمام مهر مثلها او ورثتهما فالقول قول الزوج او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو كان الاختلاف في اصل المسمى وجب مهر المثل بالاجماع ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج ولا يستثنى القليل وعند محمد رح الجواب فيه كالجواب في حال الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح القول قول من انكره ولا يحكم مهر المثل عنده بعد موتهما ؛

قوله ومعناه مالا يتعارف مهرا لها هو الصحيح وقال بعضهم ان يدعي ما دون

و المذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة

العشرة والصحيح ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة بذلك المهر عادة لانا نجعل القول قوله بشهادة الظاهر له وقد ادعى خلاف الظاهر هنا فلم يصدق ودعوى اقل من عشرة دراهم كدعوى العشرة لانها لا تتجزى في باب النكاح وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله فاذا كان الدعوى ما دون العشرة كدعوى العشرة صار كانه ادعى العشر وهي تدعي الالف فعلى قوله يكون القول قوله لان ما يدعيه ليس بقليل شرعا

قوله والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فانه قال تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وهو ان يختلفا في الالف والالفين **قوله** وشرح قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان مهر المثل يجعل حكما عندهما فان شهد لاحدهما فالقول قوله مع يمينه فان قيل اذا اختلفا المتبايعان في الثمن وقيمة المبيع يشهد لاحدهما لا يعتبر قوله وان شهد له الظاهر قلنا القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد فافترقا **قوله** وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا ادعى الزوج الالف ومهر مثلها الف

(قوله)

وفى الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا تجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي رحمة الله تعالى عليه وقال الكرخي رحمه الله تعالى يتحالفان فى الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولوكان الاختلاف في اصل المسمى

قوله وفى الوجه الثاني بينته وهوما اذا كان مهر مثلها الفين والمرأة تدعي ذلك لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر البينة بينة من يثبت خلاف الظاهر **قوله** واذا حلفا يجب الف وخمسمائة الف مسمى لايجبر الزوج فيه وخمسمائة باعتبار مهر المثل يجبر فيها الزوج ويجب ان يقرع بينهما فى البداءة لعدم الرجحان لاحدهما وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة قضي بالف مسمى وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا للتعارض ونص محمد رحمه الله في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبي رحمه الله بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لانه ابينهما انكارا وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة **قوله** وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي رحمه الله يتحالفان اولا فى الفصول الثلثة وهي ان يكون مهر المثل شاهدا له اولها اويكون فوق مايدعى الزوج ودون ماتدعيه المرأة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وانما يثبت عدم التسمية بالتحالف لان مايدعي كل واحد منهما ينتفي بيمين صاحبه فبقي نكاحا بلاتسمية فيكون موجبه مهر المثل ووجه قول الرازي انه انما يصار الى التحالف اذا لم يمكن ترجيح قول احدهما على الآخر بشهادة الظاهر له واذا كان مهر المثل يشهد لاحدهما فالظاهر شاهد له فلا يصار الى التحالف قال شمس الائمة السرخسي رح الاصح قول الكرخي **قوله** ولوكان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكرا لآخر كان القول قول من ينكر التسمية

يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يستثنى القليل وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه القول قول الورثة الا ان يأتوا بشيء قليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراثه وان لم يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضي من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب *

قوله ويجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله **قوله** وعنده اي عند ابي يوسف رحمه الله تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا **قوله** واما الثاني فهو ما اذا لم يكن سمي لها مهرا واختلفا في اصل التسمية وقد ماتا فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا

قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع

في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما وعليه الفتوى فقولهما قياس وقول ابي حنيفة رحمه الله استحسان ولقول ابي حنيفة رحمه الله طريقان احدهما ما استدل به ابو حنيفة رحمه الله وقال رأيت لوادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهر ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما يقول بهذا بعد تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر هذه المرأة نقضي بمهر مثلها والطريق الآخر يقتضي سقوطه وان لم يتقادم وهو ان المستحق بالنكاح ثلثة اشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل متوسط يشبه المسمى من حيث انه قيمة البضع ويشبه النفقة من حيث انه يجب بغير شرط فالمسمى لقوته لا يسقط لا بموت احدهما ولا بموتهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما وبموت احدهما ومهر المثل يتردد بين ذلك فليسقط بموتهما ولا يسقط بموت احدهما لان ما تردد بين اصلين توفر حظه عليهما الا ترى ان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت احدهما فيكون ذلك اتفاقا منهم انه يسقط بموتهما كذا في المبسوط ه

قوله والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل نحو الحلوا والمشوي والفاكهة او غيره مما لا يدخر ولا يعطى في المهر عادة حتى لو لم يكن مهيأ للاكل نحو شاة حية او حنطة او دقيق او سكرا وتمرا ولوز او عسل او سمن او فاكهة او طعوم يبقى مثلها شهرا فالقول قوله مع يمينه فان حلف انها لم تكن هدية يحتسب له ذلك من المهر فالبينة بينته ايضا

وغيرهما ليس له ان يحسبه من المهر لان الظاهر يكذبه و الله تعالى اعلم بالصواب

فصل

واذ تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها وطلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر رحمة الله تعالى عليه لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم لهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الا سلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة

لانه يثبت القضاء او البراءة من المهر والنفقة والكسوة وكذا الواقام كل واحد منهما بينة على اقرار ما ادعاه الآخر

قوله وغيرهما كمتاع البيت وفي الفتاوى الظهيرية وههنا مسئلة عجيبة وهي انه لا يجب على الزوج حقها ويجب عليه حق امتها لانها منهية عن الخروج دون امتها والله تعالى اعلم

فصل

قوله واذا تزوج النصراني نصرانية الى قوله فليس لها مهر يعني وان اسلما كذا في المبسوط **قوله** ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم **قوله** وهذا الشرع وقع عاما لانه عليه السلام بعث الى الكل قال الله تعالى قل يا ايها الناس اني رسول الله اليكم جميعا فيثبت الحكم على العموم *

لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربوا والزنا وولاية الالزام منقطعة لاتباد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لايلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف او بالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم ومايدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى من عقودهم لقوله صلى الله عليه وسلم الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين

قوله لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات قال الله تعالى فاحكم بينهم بما انزل الله ووجوب مهر المثل في النكاح عند نفي المهر من احكام الاسلام فيظهر في حقهم كما يظهر حكم الربوا والزنا **قوله** ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصلوة والزكوة والصوم وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات كبيع الخنزير **قوله** والربوا مستثنى عن عقودهم اي عقد اهل الذمة لقوله عليه السلام الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد وقال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه بين انه كان حراما في دينهم اما النكاح بغير مهر فجائز في دينهم كما لو تزوجها على خمر ولان المهر لو وجب لا يخلو اما

وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغيراعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله يقول لوكانامسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الاانه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذاهلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لايمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم

ان تجب حقا لها او حقا للشرع لا وجه الى الاول لانها رضيت بغير مهر ولا وجه الى الثاني لانه غير مخاطب بحقوق الشرع •

قوله وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض الا ترى ان الصداق ينتصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لايعود شيء الى ملك الزوج الا بقضاء اورضاء وكذلك الزوائد ينتصف قبل القبض ولا ينتصف بعده خلاف محمد رحمة الله تعالى عليه وكذلك لو مريوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف مابعد القبض وكذلك لاتجب الزكوة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله في المهر قبل القبض بخلاف مابعده **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم

كذ

فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها والله تعالى اعلم بالصواب *

بنفس العقد لان الملك نوعان ملك رقبة وملك تصرف وكل ذلك حاصل ولهذا يملك التصرف فيه كيف شاءت ببدل اوبغير بدل فالقبض هنا غير موجب ملك التصرف وملك العين وبهذه النكتة يخرج الجواب عن فصل البيع فانه اذا باع الخمر والخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض حيث يفسخ البيع ويمنع عن القبض ويخرج الجواب ايضا عما اذا لم يكونا عينين حيث لا يستحق عين الخمر فيه او الخنزير بالاجماع اما البيع فان المبيع بعد القبض يستفاد ملك التصرف فيه لا قبله والاسلام مانع من القبض لشبهه بابتداء العقد ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشتري نا قلا لضمان الملك فاما ضمان المسمى في يد الزوج فليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا لو وجب لها القيمة فلا يكون الاسلام مانعا من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب بل اولى لان في استرداد المغصوب ازالة اليد المانعة وهي يد الغاصب وليس ههنا ازالة اليد المانعة فلأن لا يمنع عن القبض كان اولى *

قوله فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام يجبر على القبول فيكون فيه تقدير حكم عقد باشراه في حالة الكفر لا على سنن الشرع والله تعالى اعلم بالصواب *

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده

باب نكاح الرقيق

قوله وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد قيد بالعبد لانه لا يجوز للامة بالاجماع لان بضعها مملوك للمولى هو يقول ان النكاح من خواص الانسان والعبد فيما هو من خواص الانسان مبقى على اصل الحرية اذ هو مملوك للمولى من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي الا ترى انه يملك الطلاق الذي هو ضار محض حتى لا يملك الصبي العاقل وان اذن له وليه فلان يملك النكاح الذي فيه تحصينه واعفافه اولى **قوله** لانه يملك الطلاق فيملك النكاح لان الطلاق حكم يستفاد من النكاح فلما كان اهلا لحكمه بغير اذن المولى كان اهلا لسببه **قوله** اذ النكاح عيب فيهما اما في العبد فلشغل ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك المولى واما في الامة فلانه يحرم عليه بضعها والاستمتاع بها الا ترى انه لو باع رقبته بمال لم يجز مع ان نفعه يعود الى المولى فلان لا يجوز النكاح ولا منفعة للمولى في عقده اولى فان قيل يشكل على هذا صحة اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة والقصاص عيب فيهما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فولاية على هذا التعيب يبطل هذه النكتة قلنا العبد لا يصير مملوكا لما انه

و يملك تزويج امته لانه باب الاكتساب و كذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد

فيما يتعلق به خطاب الشرع ثم الحدود والقصاص انما وجبت عقوبة وجزاء على هتك حرمة لزمت العبد شرعا وصيانته هتك الحرمات واجبة على من خوطب بها والعبد منه وما ثبت من التعيب ثبت في ضمن صيانة الواجب شرعا لله تعالى فلا يبالي به واما النكاح فعقد ازدواج واقتضاء شهوة كل واحد من الزوجين من صاحبه فلا يملك الا بملك الرقبة والرقبة للمولى فلا يصح بدون اذنه●

قوله و يملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اي اكتساب الولد لانه يتبع الام واكتساب المهر والنفقة **قوله** ويملك تزويج امتها لما بينا اي لانه من باب الاكتساب **قوله** لوجود سببه وهو النكاح اذ هو لم يشرع بلا مهر **قوله** فقال المولى طلقها وفارقها فليس هذا باجازة وقال ابن ابي ليلى يكون اجازة لان الطلاق المعهود يكون بعد النكاح ولهذا لو ادعت امرأة على رجل انه تزوجها وهو ينكر ثم طلقها فان طلاقه اقرار بانه تزوجها●

او هو تمرد فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فيها فهو اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة

قوله اوهواد لى لانه منع من الثبوت والطلاق رفع بعده فكان الحمل عليه اولى فان قيل العمل بالحقيقة متى امكن لايصار الى المجاز والطلاق لابطال ملك النكاح حقيقة وللمتاركة مجاز وقد امكن العمل بالحقيقة هنا فلا يصار الى المجاز قلنا الحقيقة تترك عند قيام الدليل فههنا قام الدليل على عدم ارادة الحقيقة وهو التمرد على مولاه بقلة الالتفات اليه فلهذا جعل قوله طلقها مجازا عن الرد فان قيل يشكل بما لو زوج الفضولي رجلا امرأة فلما بلغ الخبر اليه قال طلقها فانه يكون اجازة قلنا لان المولى لا يقدر على التطليق فلا يملك الامر به فجعل مجازا عن رد النكاح وثمه يملك التطليق بالاجازة فيملك الامر به فتثبت الاجازة في ضمنه ولا يشكل ايضا بما اذا قالت المرأة لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح وكذلك لو زوج الرجل الفضولي اربعا في عقدة وثلثا في عقدة وبلغه الخبر فطلق احدى الثلث او احدى الاربع بغير عينها كان اجازة منه لنكاح ذلك الفريق اما الاول فان الظاهر من حالها مباشرة النكاح الصحيح فحمل عليه وهنا دليل الفساد ظاهر وهو تمرده على مولاه بالنكاح بغير اذنه واما الثاني فان قول الزوج لا يصح الا بان يحمل على الطلاق لانه ان وقع في التي صح نكاحهن صح كلامه وان وقع في التي لم يصح نكاحهن لا يصح كلامه فجعل منه اجازة للعقد تصحيحا لكلامه وهنا قول المولى صحيح في الحالين سواء كان امرا بالطلاق او بالمتاركة

قوله وان قال طلقها تطليقة رجعية فهو اجازة وكذا اذا قال وقع عليها تطليقة او طلقها تطليقة يقع عليها ٭

ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عندابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لوحلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد في البيع الفاسد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطئ ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مديونا ماذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ماذكرناه والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح

قوله ومن قال لعبده تزوج هذه الامة الاشارة الى الامة المعينة ليست بقيد وكذا الحكم فيما اذا قال له تزوج امرأة **قوله** ولهذا لوحلف لا يتزوج انما قيد بالمستقبل لانه لوحلف وقال انه ما تزوج امرأة في الماضي وقد كان تزوج فاسدا او صحيحا كان حانثا في يمينه كذا في المبسوط **قوله** كما في البيع فان امره بالبيع ينتظم الجائز والفاسد **قوله** ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة وهي طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل فالعذر لابي حنيفة رحمه الله ان ثمه تقيد بالعرف ومبنى الايمان على العرف وكذا التوكيل في النكاح عندابي حنيفة رحمه الله ينتظم الجائز والفاسد حتى لو زوج امرأة نكاحا فاسدا تنتهي به الوكالة وهذا لان الفساد والصحة صفتا العقد والاذن من المولى

وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوءها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى فى الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بواها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بواها بيتا ثم بداله ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار فى العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك او النقصان

في اصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن فى البيع والشراء ولان الحاجة الى اذن المولى لشغل رقبته بالمهر لا لتملك البضع لانه في حقه مبقى على اصل الحرية بدليل تمكنه من ازالة هذا الملك بلا استطلاع رأي المولى والفاسد فيه مثل الجائز لان الشغل يتعلق بهما بخلاف مسئلة اليمين فانه منع نفسه عن تملك البضع وعن شغل ذمته بالمهر وهو يملك كليهما على نفسه فيصح المنع منهما ولا يتصور المنع منهما الا بالنكاح الجائز لان تملك البضع لا يثبت بالفاسد وهنا الامر في حق تملك البضع لا يصح وانما يصح لشغل الرقبة بالمهر وذا يتحقق بالجائز والفاسد فانصرف الامر اليهما ه **قوله** وجب الدين بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح فشابه دين الاستهلاك اذا استهلك المأذون المديون عين انسان صار صاحب العين اسوة للغرماء

فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ‌ه

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهرلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهرلمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصاركما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل

قوله فيملكه اعتبارا بالامة فان في الامة انماينعقد عقدا لمولى عليها بملك رقبتها لا بملكه ما يملك بالنكاح فان ولاية التزويج لا تستدعي ملك ما يملك بالنكاح طردا وعكسا الا ترى ان الولي تزوج الصغيرة ولا يملك ما يملك عليها بالنكاح والزوج لا تزوج امرأته وهو مالك عليها ما يملك بالنكاح وهذا موجود في جانب العبد وما قاله انه غيرمملوك للمولى عليه فاسد لان العبد لا يستبد بالنكاح بالاتفاق ومالايملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على اصل الحرية فيستبد به وان كان فيه ضرر المولى كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته واماعدم ملك طلاق امرأة عبده فلما ان ازالة الحل لمن وقع له الحل فالحل واقع للعبد فكان الرفع له ايضا

قوله وهذا لان المقتول ميت باجله اذ الموت عبارة عن انتهاء ايام الحيوة وبالقتل تنتهي ايام حيوته ولهذا لوقال لعبده فان مت فانت حرفقتل عتق وانما اعتبر القتل قطعا للحيوة في حق القاتل اذالزمه ضمان من دية اوقصاص اذالضمان يختص بالفعل لقتل ولم يتعلق بقتل المولى امته ضمان فاعتبر في حقه موتالاقطعا للحيوة فهولايمنع وجوب المهر كمالوقتلها اجنبي وكمالوقتلت الحرة نفسها وقتل السيد زوجهاوقتلت الامة نفسها

قوله ولنا انه منع المبدل الى قوله والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا يريد به اذالزم القاتل حكم من احكام القتل في الدنيا وان كان موتا عند الله تعالى وقد ثبت حكم القتل

كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمة الله تعالى عليه هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته

في قتل المولى امته وهي الكفارة وانما بطل القود لفوات الفائدة لاستحالة ان يجب له عليه واذا قتلت نفسها اوقتلها اجنبي لم يوجد منع المبدل ممن له البدل واذا قتل المولى زوجها قبل الدخول فما منع المعقود عليه من العاقد بل منع العاقد عن المعقود عليه وهذا لا يوجب سقوط البدل كالبائع اذا قتل المشتري قبل تسليم المبيع اليه ومتى قتل المبيع قبل التسليم سقط البدل ولا يلزم على هذا ارتضاع الصغيرة المنكوحة من ام زوجها وتقبيل المجنونة ابن زوجها بشهوة قبل الدخول فان المهر لا يسقط وان يتحقق منع المعقود عليه من العاقد قبل التسليم لانهما ليستا من اهل المجازاة فان المجنونة او الصغيرة اذا قتلت اباها لا تحرم عن الارث ولا تجب الكفارة لانهما يجبان جزاء بخلاف المولى فانه من اهل المجازاة حتى قالوا لو كان القاتل صبيا يجب ان لا يسقط المهر عند ابي حنيفة رحمه الله فان قيل اليس ان الصغيرة العاقلة اذا ارتدت تجازى بسقوط المهر ان كان قبل الدخول فقد جعلت الصغيرة من اهل المجازاة قلنا انما لا تجازى على افعال لا تكون محظورة في حقها والردة محظورة من الصبية العاقلة بدليل انها تحرم عن الميراث بسبب الردة وتستتاب بالحبس ولان القتل يحل في بعض المواضع والردة لا تحل في موضع ما فلا يلزم من حظر الردة حظر القتل في حقها ٥

قوله كما اذا ارتدت الحرة اذا ارتدت قبل الدخول بها يسقط المهر رواية واحدة والامة اذا ارتدت او قبلت ابن زوجها فقد ذكر في الفوائد لا رواية فيه عن اصحابنا رحمهم الله ان المهر يسقط ام لا من المشايخ من قال لا يسقط لان ا... ... من له الحق وهو المولى

والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه

حتى يجازى بمنع البدل ومنهم من يقول يسقط لان المهر يجب لها ثم ينتقل الى مولاها اذا فرغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف المهر الى دينها * قوله والجامع ما بيناه وهو قوله انه منع المبدل قوله ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا حتى يغسل ويصلى عليه فشابه موتها حتف انفها وهذا لان قتلها نفسها كموتها حتف انفها اذ لا يمكن اضافة قتلها اليها حقيقة لان تمام القتل بالموت ولايتم الا عند سقوط اهلية الفعل فلا يصح تحقيق الفعل منها ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى انها تغسل وتصلى عليها وانما ينسب القتل اليها مجازا وكذا حكما لانه لم يثبت عليها شيء من احكام القتل فبقي موتا حقيقة وحكما وتفويت المعقود عليه يتحقق بعد الموت وبعده لم يبق اهلا للفعل اصلا فلا يضاف التفويت اليها والمولى اهل للفعل فيضاف اليه ولان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتا انما يعتبر تفويتا بعد الموت وبالموت ينتقل المهر الى الورثة فلا يسقط بتفويتها اما في الامة مهرها ملك المولى فكان فعله بابطال المبدل ابطالا لحق نفسه وهو يملك ابطال حق نفسه هذا كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا تجب القيمة على القاتل والحر اذا قال لرجل اقتلني فقتله كان عليه ديته ولا يصح اذنه في ابطال حق الورثة كذلك ههنا فان قيل هذا يشكل بالحرة اذا قتلها وارثها فانه لا يسقط المهر ايضا قلنا انما لا يسقط المهر لان الوارث صار محروما عن الميراث فلم يصر مبطلا حق نفسه في المهر فكذلك لم يبطل المهر بابطال حقه في المهر

واذا تزوج امته فالاذن في العزل الى المولى عندابي حنيفة رحمه الله تعالى وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان الاذن اليها لان الوطى حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لامطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حراكان زوجها اوعبدا لقوله عليه الصلوة والسلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين

قوله فالاذن في العزل الى المولى اعلم ان العزل جائز في الجملة لما روي ان النبي عليه السلام قال اعزلوهن اولاتعزلوهن ان الله تعالى اذا اراد خلق نسمة فهو خالقها خير بين العزل وتركه فدل انه مباح ولانه ليس في العزل الا الامتناع عن اكتساب سبب الولد وانه جائز كوطئ الحامل وقال بعض الناس لا يجوز العزل لانه عليه السلام سئل عنه فقال تلك المؤدة الصغرى وعلى هذا الخلاف اذا وجدت الامة زوجها عنينا وفي كراهة الفتاوى ان خاف من الولد السوء يسعه ان يعزل عنها وان كانت حرة لسوء الزمان وكذا لوعالجت لاسقاط الولد لايأثم ما لم يستبن شيء من خلقه وانما يستبين خلقه في مائة وعشرين يوما **قوله** وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى لان الامة لاحق لها في قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقالها ابتداء وبقاء فانها لاتتمكن من مطالبة سيدها بالتزوج وانما كانت الكراهة للولد والحق في الولد للمولى لا لها فيشترط رضاه لا رضاها ولهذا فارق الحرة فان الولد حقها **قوله** فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا اي من غير قيد بان يكون الزوج حرا اوعبدا فينتظم الفصلين •

والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات تتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله تعالى عليه لاخيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلامعنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق

قوله والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به اي بتعليل النبي عليه السلام يملك البضع وعنده علة ثبوت الخيار ملك البضع وعدم الكفاءة وهما لا يوجد ان فيما اذا كان زوجها حرا **قوله** ولانه يزداد الملك عليها عند العتق هذا الا يلزم الشافعي رحمه الله لان الطلاق عنده معتبرا بالرجال فلم يزد الملك **قوله** وان تزوجت امة بغير اذن مولاه الحكم في العبد كذلك وتخصيص الامة لبناء مسئلة المهر عليها **قوله** ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة فان قيل يشكل هذا بالشراء فان الامة اذا اشترت ثم اعتقها المولى فان الشراء يبطل قلنا انما كان كذلك لان الشراء انعقد موجبا الملك للمولى حين اشترت فلو نفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها فيتغير حكم من له الحق واما ههنا فانعقد العقد موجبا للحل لها ابتداء وانتهاء **قوله** وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال فان قيل يرد على هذا الاصل نقوص منها ان العبد اذا تزوج بغير اذن مولاه ثم اذن له المولى في النكاح لايجوز النكاح المباشر بدون الاجازة ومنها ان الفضولي اذا زوج رجلا امرأة ثم وكله الزوج بالنكاح

فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى

لا يجوز النكاح المباشر بدون الاجازة ومنها ان الصغيرة اذا كان لها وليان احدهما اقرب والآخر ابعد فزوجها الا بعد حال قيام الاقرب فان مات الاقرب اوغاب غيبة منقطعة حتى تحولت الولاية الى الابعد لا يجوز الا باجازة مستانفة ومنها ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة من انسان توقف النكاح على اجازتها فان اذنت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقبلة قلنا اما الجواب عن الاول فان الاذن فك الحجر عن التصرف ولو جاز النكاح المباشر قبل الاذن لا يقع الاذن فكا فيمتنع وقضية هذا ان لا يجوز باجازة مستقبلة قياسا الا انا استحسنا وقلنا بالجواز عند الاجازة لقيام الاجازة مقام النكاح كما في نكاح الفضولي وهكذا نقول في الوكيل واما الجواب عن الثالث فان الابعد حين باشره لم يكن وليا ومن لم يكن اليه الولاية في شيء لايتأتى في عواقبه بل يتأتى في ذلك اتكالا على رأي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا تمكينا له من اكتساب اصلح النكاحين وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع كذا في الفوائد الظهيرية٭

قوله فان كانت تزوجت بغير اذن مولاها على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى فان قيل ينبغي ان يجب مهران مهرا لمثل بالدخول قبل نفاذ النكاح بناء على العقد الموقوف ومهربالنكاح وهو المسمى كمن قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق فتزوجها ودخل بها طلقت وعليه نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول بحكم العقد ومهر بالدخول بعد الطلاق قلنا القياس كذلك ولكنا استحسنا واوجبنا مهرا واحدا

وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطئ في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الامهرا واحدا **قال** ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غيران الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة

وهوالمسمى وقت العقد لان العقد استند جوازه الى الاصل فصار ذلك العقد الموجود عاملا من الابتداء كان الاذن كان مقترنا به فيجب مهر واحد وهذا لانه لو وجب المهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وانه ممتنع فان قالوا حكم النفاذ لايظهر في المستوفى لانه معدوم والاستناد انما يظهر في الموجود لا في المعدوم قلنا بل يظهر هنا لان المستوفى له حكم الاعيان عندنا او يقال اظهرنا حكم الاذن في البضع وهو موجود وما ورد الاستيفاء الا في بضع واحد فيجب عليه بدل واحد ٭

قوله وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها فان قيل ينبغي ان يجب المهر لسيدها لاستناد الجواز الى الاصل كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها حتى اعتقها قلنا حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه وهنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت الامة وزمان العقد السيد واذا كان المستحق زمان الثبوت الامة يمتنع استناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث ثبت ٭

ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فيتبين ان الوطئ يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله تجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشي يعقبه والمسئلة معروفة ٭

قال ولو كان الابن زوجها اياه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لخلوها عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات

قوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد ولا يلزم على هذا اذا كانت مشتركة بين الاب والابن وولدت ولدا فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر اجماعا لان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد فلا ضرورة في تقديم الملك شرطا له فيثبت الملك في نصيب الابن حكما للاستيلاد فيجب العقر ولا يلزم ايضا ما اذا وطئ الاب جارية الابن وطئا غير معلق يجب العقر لان اثبات الملك بصفة التقديم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد من الرق وهذا المجموع لا يتأتى ههنا ولا يلزم ايضا ما اذا استولد جارية ابنه ثم قذفه انسان لا يحد ولو كان الملك ثابتا بوصف التقدم لوجب الحد على قاذفه لان الملك بوصف التقدم مجتهد فيه فيكون الوطئ حراما عند البعض فيتمكن فيه شبهة الزنا وبالشبهة تدرء الحدود **قوله** فمن المحال ان يملكها الاب من وجه لانه اذا ثبت للاب من وجه لا يثبت للابن من ذلك الوجه فدل ان وطئ الاب جارية ابنه حرام وقال ابن ابي ليلى لا باس للرجل ان يطأ جارية ابنه اذا احتاج اليه وهو مذهب انس بن مالك رضي الله عنه ولكن الصحيح قول الجمهور وذكر الامام

مالا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلاتصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه بالقرابة ه

قال واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله تعالى لايفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لاعتق فيما لايملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض

التمرتاشي رحمه الله هذا اذا كان الاب حرا مسلما واما اذا كان عبدا او مكاتبا او كافرا لم يجز دعوته لعدم الولاية والجد كالاب عند عدم الاب واما الام فلالانه لا ولاية له بحال ه

قوله مالا يبقى معها ملك الاب لو كان كالبيع والهبة **قوله** واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح فان قيل ينبغي ان لايبطل النكاح لان الملك هنا كما يثبت يزول حكما للاعتاق فلم يكن متقررا فلا يبطل به النكاح كالوكيل اذا اشترى منكوحته قلنا الملك يثبت للموكل ابتداء في الصحيح من المذهب ولئن ثبت للوكيل ثم ينتقل عنه كما زعم البعض فانما لايفسد النكاح

كما اذا كان عليه كفارة الظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض

النكاح به لانه تعلق به حق غيره زمان الثبوت ومثله لا يفسد النكاح وفيما نحن فيه لم يتعلق به حق غيره فيفسد به النكاح فان قيل اليس انه لو قال لعبده كفر يمينك بالمال فانه لا يعتق ولا يتمكن من التكفير بالمال الا بالعتق فكان ينبغي ان يثبت العتق اقتضاء قلنا الحرية لا تصلح ان تثبت اقتضاء لان الثابت اقتضاء ثبت تبعا وبالحرية يصير اهلا للتكفير بالمال فكانت اصلا لا تبعا فلا تثبت اقتضاء الا ترى ان الكفار لم يخاطبوا بالشرائع لانها لا تعتبر بلا ايمان ولا تثبت اقتضاء لانه تثبت اهلية ادائها فلا تثبت وعلى هذا يخرج قوله تزوج اربعا فان قيل ينبغي ان لا يفسد النكاح لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة في ثبوت العتق عن الآمر لا في فساد النكاح قلنا الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وضروراته اذ لو لم تثبت لوازمه لاستحال ثبوته لان عدم اللازم يدل على عدم الملزوم ومن لوازم ثبوت الملك العاري عن تعلق حق الغير به فساد النكاح فيفسد فان قيل اذا صرح بالمقتضي وهو التمليك لا يصح العتق عن الآمر بل يقع عن المأمور ذكره في التقويم فلا يكون مقتضاه اقوى من التصريح قلنا كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الاجنة في ارحام الامهات فانه يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا وكذلك الحكم في جنين الاضحية والجندي يصير مقيما باقامة السلطان في المصر وان كان الجندي في المفازة *

قوله كما اذا كان عليه كفارة الظهار فامر غيره ان يطعم عنه بان قال لآخر اطعم عني من كفارة يميني عشرة مساكين فاطعم عنه تسقط عنه الكفارة ويصير ذلك قرضا على الآمر فقد سقط القبض وان كان لا يثبت الملك للمستقرض قبل القبض **قوله** ولهما ان الهبة من شرطها القبض ولا يمكن اسقاطه لانه انما يسقط تبعا اما بحتمل

اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه والله تعالى اعلم بالصواب *

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود اوفي عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام اوالمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا اواسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة رحمه الله ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون

السقوط والقبض في الهبة لا يحتمل السقوط بحال فلا يعمل فيه دليل السقوط وهو التبعية والركن في البيع يحتمل السقوط كما في بيع التعاطي فان قيل اليس انه لو قال لآخر اعتق عبدك عني بالف درهم ورطل من خمر انه يصح ويعتق عنه وان لم يوجد القبض والبيع الفاسد كالهبة في اشتراط القبض قلنا قد ذكر الكرخي رحمه الله ان العتق يقع عن المأمور هنا على قولهما والمذكور قول ابي يوسف رحمه الله ولئن سلم فالبيع الفاسد مشروع كالصحيح فاحتمل ان يسقط القبض عنه فيصح اسقاطه اقتضاء لان الفاسد يلحق بالجائز وتعرف هذه حكمه

قوله اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعتاق اتلاف للملك والله اعلم بالصواب *

باب نكاح اهل الشرك

قوله واذا تزوج المجوسي امه اوابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان

لحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لايعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذاصح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لاننا فيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي امه اوابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لاتنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لايبطل بمرافعة صاحبه اذلا يتغيربه اعتقاده اما اعتقاد المصر بالكفر لايعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولايعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولايجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل

فيما بينهم عندهما ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح كما اوا عترضت في نكاح المسلمين برضاع اومصاهرة يبطل النكاح وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق فانهم قالوا له حكم الفساد اجماعا وقال مشايخنا له حكم الجواز واتفقوا على قول ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجري الارث ويقضي بالنفقة ولا يسقط احصانه متى دخل بها واتفقوا على قوله ايضا انه لوتزوج اختين في عقدة واحدة ثم فارق احدهما قبل الاسلام ثم اسلم ان الباقية نكاحها على الصحة حتى يقران عليه وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله هذا النكاح باطل في حقهم ولايتعرض لهم بعقد الذمة لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائعة في ديارنا وهم من اهل ديارنا فثبت الخطاب في حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ الى الكل وانما في وسعه جعل

وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لاينتظم بينهما المصالح والنكاح ماشرع لعينه بل لمصالحه؛

الخطاب شائعا فيجعل شيوع الخطاب كالوصول اليهم الا ترى انهم لايتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوابها ولابي حنيفة رحمه الله ان الخطاب في حقهم كانه غير نازل لانهم يكذبون المبلغ ويزعمون انه ليس برسول الله وولاية الالزام بالسيف اوالمحاجة وقد انقطت بعقد الذمة فقصر حكم الخطاب عنهم وشيوع الخطاب انمايعتبر في حق من يعتقد رسالة المبلغ فاذا اعتقدوا ذلك بان اسلموا ثبت حكم الخطاب في حقهم بخلاف الارث فانه ثبت بالنص بخلاف القياس فيما اذا كانت الزوجة مطلقة بنكاح صحيح فيقتصر عليه ولانه ليس من ضرورة صحة النكاح التوارث فقد يمتنع التوارث با سباب كالرق واختلاف الدين ثم اذا رفع احدهما الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر يأبى ذلك وعندهما يفرق بينهما لان اصل النكاح كان باطلا وترك التعرض للوفاء بالعهد فاذا رفع احدهما وانقاد لحكم الاسلام فرق بينهما كما لو اسلم احدهما فاسلام احدهما كاسلامهما فكذا رفع احدهما كمرافعتهما وله ان اصل النكاح كان صحيحا ورفع احدهما الى القاضي ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر في ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده صار معارضا لاعتقاد الآخر فبقي حكم الصحة على ما كان بخلاف ما اذا اسلم احدهما لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلا يكون اعتقاد الآخر معارضا لاسلام المسلم منهما وبخلاف ما اذا ترافعا لانهما انقادا لحكم الاسلام فثبت حكم الخطاب في حقهما بانقيادهما له واليه اشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم بما انزل الله وفي المبسوط فاما اذا تزوج الكافر ذات رحم محرم منه من ام اوبنت اواخت فانه لا يتعرض لهم في ذلك وان علم القاضي ما لم يرفعوا اليه الا في قول ابي يوسف الآخر ذكره في الطلاق ان يفرق بينهما اذا علم ذلك لماروي ان عمر رضي الله عنه

فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر منه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا تكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا يتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد

كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم عن الزمزمة اذا اكلوا ولكنا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر ابن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع ولست بمبتدع والسلام ه

قوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه فان قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اي كافر كان قلنا هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بالولد **قوله** والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض لان المعارضة تحققت بينهما واحدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيرجح المحرم على المبيح حتى لا يحل ذبيحته ولا مناكحة المسلمين **قوله** ونحن بينا الترجيح وهو قوله لان فيه نوع نظر له وذلك لانا لو قلنا بانه كتابي يحل اكل ذبيحته ويجوز مناكحته **قوله** وان اسلم الزوج وتحته مجوسية

فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلابد من سبب تبتني عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق القاضي بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية

قيد بالمجوسية هنا واطلق في جانب الزوج حيث قال واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر لان النكاح لا يبقى مع كفر الزوج بالاباء عند اسلام المرأة اي كفر كان واما كفر المرأة عند اسلام الزوج فانما يوجب التفريق اذا لم يجز ابتداء النكاح مع ذلك الكفر كما في المجوسية واما اذا كانت كتابية يبقى النكاح بينهما كما يجوز ابتداؤه وان ابت فرق القاضي بينهما فان لم تسلم المرأة حتى مات الزوج كان لها المهر كاملا دخل بها او لم يدخل لان النكاح منته بالموت حيث لم يفرق القاضي بينهما فيتقرر به جميع المهر كذا في المبسوط ٭

قوله فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق العدة عند الشافعي رحمه الله في الطلاق بالاطهار فكان ينبغي ان يقول الى انقضاء ثلثة اطهار لانه قال كما في الطلاق والعدة في الطلاق عنده بالاطهار **قوله** كما في الطلاق فان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعد الدخول لا يرفع الا بعد انقضاء العدة **قوله** ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وملك احد الزوجين صاحبه

لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية فلا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى

قوله لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلث حيض فان لم تكن من ذوات الحيض فحتى يمضي ثلث اشهر **قوله** فاقمنا شرطها وهو مضي ثلث حيض لما ان انقضاء ثلث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي فقام مقام السبب وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الاسلام كما في حفر البئر فانه اذا وقع فيها انسان ولم يكن اضافة الحكم الى العلة وهي ثقل الواقع لانه طبع لا تعدي فيه اضيف الى الشرط وهو الحفر كذا هنا مست الحاجة الى الفرقة تخلصا للمسلمة عن ذل الكافر فاقمنا شرط البينونة في الطلاق الرجعي مقام عرض القاضي وتفريقه عند تعذر اعتبار العلة وهذه الحيض لا تكون عدة ولهذا يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم اذا وقعت الفرقة قبل الدخول بذلك فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول بها والمرأة حربية فكذلك لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وان كانت هي المسلمة فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي واصل المسئلة في المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة او ذمية لم تلزمها العدة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه الا ان تكون حاملا وعندهما تلزمها العدة **قوله** ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها اي في اشتراط مضي ثلث حيض للفرقة **قوله** والشافعي رحمه الله

قال واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي رحمه الله لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق وان سبيا معا لم يقع البينونة وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه وقعت فالحاصل ان السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي يقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ٭

يفصل كما مر له في دار الاسلام هو يقول ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام احدهما في الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضي ثلثة قروء فعنده لا يختلف الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه بني الحكم على تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده ٭

قوله واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما خلافا للشافعي رحمة الله تعالى عليه والخلاف فيما اذا خرج احد الزوجين مسلما غير مراغم واما اذا خرجت المرأة مراغمة مسلمة وقعت الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج واما اذا خرجت غير مراغمة لزوجها او خرج الزوج مسلما او ذميا تقع الفرقة لتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمة الله تعالى عليه كذا في المبسوط **قوله** له ان التباين اثره في انقطاع الولاية المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وعن ماله **قوله** كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن يعني ان الحربي اذا دخل دارنا بامان او دخل المسلم دار الحرب بامان لا تثبت الفرقة وان كان تباين الدارين موجودا فعلم ان التباين ليس بسبب للفرقة ٭

ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لاينا فى النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفى المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع

قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي يعني ان الحربي اذا سبي وعليه دين لآخر بطل بالسبي وهذا لان السبي سبب لملك ما يحتمل التملك وملك النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للسابي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمتنع لحق الزوج وهو ليس بحق محترم ولهذا قلنا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم واحتج هو ايضا بقوله تعالى والمحصنات من النساء الاما ملكت ايمانكم معناه ذوات الازواج من النساء الاما ملكت ايمانكم فانها محللة لكم وانما نزلت الآية في سبايا اوطاس وانما سبي ازواجهن معهن وحجتنا في ذلك ان مع تباين الدارين لا تنتظم المصالح والنكاح شرع لمصالحه لا لعينه فلايبقى عند عدمها كالمحرمية اذا اعترضت على النكاح لا يبقى معها لفوات انتظام المصالح كذا هنا وهذا لان الذي بقي في دارهم في حكم الميت في حق اهل دارنا الا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب جعل كالميت في حق قسمة المال بين ورثته وعتق مدبرته وامهات اولاده والنكاح لايبقى بين الحي والميت بخلاف المستأمن منهم لان تباين الدارين حكما لم يوجد لتمكنه من الرجوع والمسلم المستأمن من اهل دارنا حكما والسبي سبب لملك الرقبة ما لا فلايكون مبطلا للنكاح كالشرى لان المملوك بالنكاح ليس بمال فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصودا لان تملك البضع مقصود بسببه فيختص بشرطه وهو الشهود وذا لا يوجد فى السبي وانما يثبت الملك هنا تبعا لملك الرقبة عند فراغ المحل من حق

ل

واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان يتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رح وقالا عليها العدة

الغير واذا كان المحل مشغولا يمتنع الملك فيه لفوات الشرط وهو ان لا يكون حق الزوج ما نعا وخروج الجواب عن قوله انه يوجب الصفاء لان الصفاء ثابت من الوجه الذي يعمل السبي فيه وهو ملك المال الا ترى ان مالك النكاح لو كان محترما لا تبطل النكاح مع تقرر السبي ولا صفاء ولو كان السبي منافيا للنكاح لما بقي النكاح لان المنافي اذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء كما تقرر بالمحرمية فاما الدين فان كان الدين على عبد فسبي لم يسقط وان كان على حر فسبي يسقط لانه لما صار عبدا والدين لا يجب على العبد الاشاغلا مالية رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي فان قيل يجوز ان يكون الدين في ذمته بلا تعلق برقبته كالعبد يقر بدين قلنا لا يجوز ذلك اي لا يجوز ان يثبت الدين في ذمته ولا يكون شاغلا لرقبته وانما لا يطالب اذا اقر لانه غير ثابت في حق المولى لان اقراره ليس بحجة عليه حتى اذا ثبت بالاستهلاك معاينة يبع فيه وفي قوله حكما جواب عن قوله كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن لان الحربي المستأمن وان كان في دار الاسلام حقيقة ولكن هو في دار الحرب حكما لانه على نية الرجوع وكذلك في المسلم المستأمن حتى لو انقطعت نية الرجوع كان حكم التباين ثابتا في حقه فانه ذكر في المبسوط ويستوي في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج احدهما مسلما او ذميا او خرج مستأمنا ثم اسلم او صار ذميا لانه صار من اهل دارنا حقيقة وحكما والآية دليلنا ان الله تعالى حرم ذوات الازواج ممالم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص كذا في المبسوط ٭

قوله واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة بان خرجت مسلمة او ذمية على نية ان لا ترجع الى ما هاجرت منه ابدا ٭

لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة رحمه الله انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهار الخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا ٥ **قال** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق

قوله لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام وانما قيد به احترازا عما لو طلقها الحربي ثلثا في داره ثم هاجرت فانه لا عدة عليها بالاجماع **قوله** ولا خطر لملك الحربي فان قيل لو خرجت حاملا اعتدت بالاجماع ولو لم يكن لملكه خطر لما وجبت العدة في صورة الحمل قلنا هناك لا تعتد ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب وهذا كما قيل ان فراش ام الولد لا يمنع التزويج ولو كان في بطنها ولد لم يجز **قوله** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق اي في الحال قبل الدخول وبعده وقال الشافعي رحمه الله لا يقع بعد الدخول حتى تنقضي الاقراء كما قال في اسلام احد الزوجين وقال ابن ابي ليلى لا تقع الفرقة بردة احدهما قبل الدخول وبعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهي امرأته وان مات اوقتل على ردته ورثته وجعل هذا قياس اسلام احد الزوجين ولكنا نقول الردة تنافي النكاح واعتراض السبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية واما اختلاف الدين فعينه لا ينافي النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لا ينافي النكاح فان النكاح نعمة وبالاسلام يصير النعم محرزة له فلذلك لا تقع الفرقة هناك الا بقضاء القاضي كذا في المبسوط وذكر في

وهو يعتبره بالاباء والجامع مابيناه وابو يوسف رحمه الله مرعلى ما اصلناه له في الاباء وابو حنيفة رحمه الله فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع له فتعذر ان يجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على مامر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولاتتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها ٭

قال واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رحمه الله يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين بتجديد الانكحة

المحيط اذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في الحال هذا جواب ظاهر الرواية واما بعض مشايخ بلخ وبعض مشايخ سمرقند كانوا يفتون بعدم الفرقة بارتداد المرأة حسما لباب المعصية وعامتهم على انه تقع الفرقة لانها تجبر على الاسلام والنكاح مع زوجها الاول لان الحسم يحصل بالجبر على النكاح مع الاول ومشايخ بخارا كانوا على هذا ٭

قوله وهو يعتبره بالاباء والجامع مابيناه وهو الامتناع عن الامساك بالمعروف **قوله** وابو يوسف رح مر على ما اصلناه له وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان وابو حنيفة رحمه الله فرق ووجهه ان الردة منافية لان الفرقة بالردة للتنافي لانها تنافي النكاح لبطلان اهليته او محليته اولبطلان العصمة عن نفسه واملاكه وبزوال عصمة املاكه يزول النكاح لانه منها ولانها موت حكما لما مر والمنافي لا يصلح مستفادا بالملك فلا يكون طلاقا لانه يستفاد به **قوله** وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة فان قيل قوله ولا مهر مستدرك

والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الاخر على الردة لانه مناف كابتدائها والله اعلم بالصواب *

فما فائدة قوله ولا نفقة اذ المسلمة اذا كانت غير مدخولة ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها قلنا قوله ولا نفقة راجع الى ما ذكر قبيله وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها ولكن لا نفقة لها لان الفرقة من قبلها *

قوله والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ جواب لسؤال وهو ما ذكره فخر الاسلام رحمه الله في مبسوطه فان قيل ان ارتدادهم ما كان جملة بالاجماع فكيف يستقيم التعلق به قلنا عند جهالة التاريخ بالتقدم والتأخر يجعل في الحكم كانه وجد جملة ولان ردتهم كانت لمنع الزكوة على اعتقاد انها ليست بواجبة والمنع كان قائما بالمنعة جملة فصار بمنزلة فعل واحد فلا يوصف بالتقدم والتأخر وفي المبسوط والمعنى فيه انه لم يختلف لهما دين ولادار فبقي ماكان بينهما على ما كان والفقه فيه ان وقوع الفرقة عند ردة احدهما لظهور خبثه عند المقابلة بطيب المسلم فاذا ارتدا معا لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه يقابل الخبث بالخبث واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان عدة الغير تمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء فان اسلم احدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الا ان عند المقابلة بطيب الآخر حتى ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذي اسلم فلا شيء لها لان الفرقة من جانب من اصر على الردة فان اصراره بعد اسلام الآخر كانشاء الردة والله تعالى اعلم بالصواب *

لا

باب القسم

واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما فى القسم بكرين كانتا اوثيبتين اوكانت احدىهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان ومال الى احدىهما فى القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل فى القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذ اقسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيمالا املك يعني زيادة المحبة ولافصل فيمار وينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما رويناولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هوالتسوية دون طريقها والتسوية المستحقة فى البيتوتة لا فى المجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احدىهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان فى الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم *

باب القسم

قوله واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما فى القسم اعلم ان الزوج مأمور بالعدل فى القسمة بين النساء بالكتاب قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل معناه لم تستطيعوا العدل والتسوية فى المحبة فلاتميلوا فى القسمة وبالسنة وهي ماذكر فى الكتاب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية والمراهقة والبالغة والعاقلة والمجنونة سواء فى القسمة وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلث ليال ثم التسوية لان القديمة

قال ولاحق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رحمه الله تعالى القرعة مستحقة لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فكان من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا

قد الفت صحبته والجديدة لا فيفضلها بزيادة الصحبة وللبكر زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال ولنا اطلاق ما تلونا ورويناولان القسمة من حقوق النكاح وقد ثبت الاستواء في ذلك والقديمة اولى بالتفضيل لان الوحشة في جانبها اكثر حيث ادخل عليها من يغيظها ولان للقديمة زيادة حرمة بالخدمة والواجب عليه العدل في القسمة فان عاد للجور بعد ما نهاه القاضي اوجعه عقوبة وامره بالعدل لانه اذا اساء الادب فيما منع وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعزر في ذلك وامر بالعدل هذا اذا كانت له امرأتان اما اذا كانت له امرأة واحدة يؤمر الزوج بان يراعي قلبها ويبيت معها احيانا من غير ان يكون في ذلك شيء موقت في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اذا كان للرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام او بصحبة الاماء فخاصمته في ذلك قضى القاضي لها بليلة من كل اربع ليال لحديث كعب بن سور وهو ان امرأة جاءت الى عمر رضي الله عنه فقالت ان زوجي يصوم بالنهار ويقوم بالليل قال نعم الرجل زوجك فاعادت كلامها مرارا في كل ذلك يجيبها عمر بها فقال كعب

لم يجب بعد فلا يسقط والله تعالى اعلم بالصواب ٭

بن سور يا اميرالمؤمنين انما تشكوز وجها في انه هجر صحبتها فتعجب عمر من فطنته فقال عمرا قض بينهما فقال اراها احدى نسائه الاربع له ثلثة ايام ولياليهن ولها يوم وليلة ووجه ظاهر الرواية ان القسمة والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا حين لم يكن في نكاحه الاواحدة وهذا لان عند المزاحمة يلحق كل واحدة منهما المغايظة بمقامه عند الاخرى فتستحق عليه التسوية ولا يجب ذلك عند عدم المزاحمة فان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لما روي انه عليه السلام قال لسودة حين اسنت اعتدي فسألته لوجه الله ان يراجعها ويجعل نوبتها لعائشة رضي الله عنها لان تحشر يوم القيمة مع ازواجه وفيه نزل قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا الآية ولها ان يرجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط لان الاسقاط انما يتحقق في القائم فيكون رجوعها امتناعا فصار بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع فيها متى شاء لما قلنا فكذا هذا كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله والله تعالى اعلم بالصواب ٭

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلوة والسلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية واخواتكم من الرضاعة وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية

كتاب الرضاع

هو في الشرع عبارة عن مص شخص مخصوص اي الطفل من ثدي مخصوص اي ثدي الآدمية في وقت مخصوص على حسب ما اختلف فيه

قوله قليل الرضاع وكثيره سواء وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا يحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ثم الحديث بنفسه لا يصلح متمسكا له الا لنفي مذهبنا وهو ثبوت حرمة الرضاع وان قل الارتضاع لكن لما انتفى مذهبنا ثبت مذهبه ضرورة لعدم القائل بالفصل اي بين القليل وبين خمس رضعات وقول من قال من اصحاب

الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع

الظواهر بثلاث رضعات غير معتبر ولا يقدح في وجه التمسك به وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله على ان الاول وهو قوله لا يحرم المصة الى آخره دال عليهما اي على نفي مذهبنا واثبات مذهبه لان المصة داخلة في المصتين كقوله لا اكلمه يوما ولا يومين فان اليمين ينتهي بيومين بخلاف قوله لا اكلم يوما ويومين حيث لا ينتهي الا بثلثة ايام فكانه قال لا يحرم المصتان ولا الاملاجتان فانتفت الحرمة عن اربع رضعات بهذا الحديث والخمس محرمة اجماعا ويتمسك ايضا بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما انزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعد ذلك لنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية اثبت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لا يثبت بخبر الواحد وفي حديث علي رضي الله عنه الرضاع قليله وكثيره سواء يعني في ايجاب الحرمة ولان هذا سبب من اسباب التحريم فلا يشترط فيه العدد كالوطي واما حديث عائشة رضي الله عنها فضعيف جدا لانه ان كان متلوا بعد رسول الله عليه السلام ونسخ التلاوة بعد رسول الله عليه السلام لا يجوز فلماذا لا تتلى الآن وذكر في الحديث دخل داجن البيت واكله وهو يقوي قول الروافض فانهم يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله عليه السلام ولم يثبته الصحابة في المصحف وهو قول باطل بالاجماع ثم لو ثبت هذا الحديث انما يكون ثبوته في الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا لما ان انبات اللحم وانشاز العظم في حق الكبير لا يحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساخ حكم ارضاع الكبير كذا في المبسوط .

وما يرد[illegible] بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على[illegible]
ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله
وقال زفر رحمه الله ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من
الزيادة على الحولين لما نبين فقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة
الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد
حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل
واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي
في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك
بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة

قوله وما رواه مردود بالكتاب فقد روي عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما
حديث ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم لا يحرم المصة ولا المصتان فقال ابن عمر رضي الله
عنهما قضاء الله تعالى اولى من قضاء ابن الزبير فرد عليه قوله لمخالفته اطلاق قوله
تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم او منسوخ به فقد روي انه قيل لابن عباس
رضي الله تعالى عنه ان الناس يقولون الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ
قوله قام المنقص في احدهما اي في حق الحمل والمنقص حديث عائشة رضي الله تعالى
عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قيل في التنقيص
معنى التغيير والزيادة على النص تغيير موجب الكتاب فلا يصح تغيير موجب
الكتاب بخبر الواحد كما لا يصح تخصيصه ابتداء بخبر الواحد لما فيه من نوع تغيير قلنا نعم
كذلك الا ان الكتاب مأول والآية المأولة في اثبات الحكم مثل القياس وانما قلنا ذلك لان
فخر الاسلام رحمه الله جعل الاجل المضروب للمدتين منوزعا عليهما وكذلك عامة

فان غذاء الجنين يغايره غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب *

قال واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق به التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه اذا ستغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغيير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي *

اهل التفسير وروي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فجيء بها الى عثمان رضي الله عنه فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه ان خاصمتكم بكتاب الله تعالى خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله حولان فتركها كذا في التيسير *

قوله فان غذاء الجنين يغايره غذاء الرضيع فان الولد يبقى في البطن ستة اشهر ويتغذى بغذاء الام ثم ينفصل ويصير اصلا في الغذاء **قوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم اولم يفطم وقال بعض الناس الكبير والصغير سواء في حكم الرضاع واحتجوا بظاهر النصوص وبقول عائشة رضي الله عنها حتى كانت اذا ارادت ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم او بعض بنات اختها ان ترضعه خمسا ثم كان يدخل عليها الا ان غيرها من نساء رسول الله عليه السلام لم يكن يأبين ذلك ويقلن لا نرى هذا من رسول الله عليه السلام الا رخصة لسهلة خاصة حيث قال لها رسول الله عليه السلام ارضعي سالما خمسا تحرمين بها عليه ولكنا نقول انتسخ هذا الحكم بقول رسول الله عليه السلام

قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه اوموطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه

الرضاع ما انبت اللحم وانشز العظم وذلك في الكبير لا يحصل والصحابة اتفقوا على هذا وروي ان ابا موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى الاشعري حلف ان لا يفتي مادام عبد الله فيهم وفي رواية فقال ابوموسى الاشعري لا تسألوني مادام هذا الحبر بين اظهركم *

قوله الا ام اخته من الرضاعة قوله من الرضاعة جاز ان يتعلق بالام وجاز ان يتعلق بالاخت وجاز ان يتعلق بهما اما صورة تعلقه بالام فهي ان تكون لرجل اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعة واما صورة تعلقه بالاخت فهي ان تكون لرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب واما صورة تعلقه بهما فبان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امرأة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضاعا وذكر في المحيط قال اصحابنا رحمهم الله وما يتعلق به التحريم في النسب يتعلق بالرضاع الا في مسئلتين

ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه

احدهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج ام اخته من النسب ويجوز في الرضاع وانما كان كذلك لان في النسب اذا كانا اخوين لام فام الاخ امه وان كانا اخوين لاب فام الاخ امرأة ابيه وهذا معدوم في الرضاع والمسئلة الثانية فانه لا يجوز للرجل ان يتزوج اخت ابنه من النسب ويجوز في الرضاع وانما كان كذلك لان اخت ابنه من النسب ان كانت منه فهذه بنته وان لم تكن منه فهي ربيبته وهذا المعنى لا يتأتى في الرضاع حتى ان في النسب لو لم يوجد احد هذين المعنيين فانه يجوز بان كانت جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه حتى يثبت النسب منهما ولكل واحد منهما ابنة من امرأة اخرى جاز لكل واحد من المولیين ان يتزوج بابنة شريكه وان كان كل واحد من المولیين متزوجا باخت ابنه من النسب وفي غيرها تين المسئلتين حكم الرضاع وحكم النسب سواء ٭

قوله ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وامه جدة وابنه اخا وبنته اختا واخوه عما واخته عمة حتى لو كان للرجل امرأتان وولدتا منه فارضعت كل واحدة منهما صغيرا صارا اخوين لاب وان كان احدهما انثى لا يحل النكاح بينهما وان كانتا انثيين لا يحل الجمع بينهما لانهما اختان من اب وان كان لرجل امرأة واحدة فولدت منه فارضعت صبيين صارا اخوين لاب وام ولا يحل لهذا المرضع امرأة وطئها الزوج ولا للزوج امرأة وطئها الرضيع

ولناما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوزان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوزان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة واحد لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هوالاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احداً من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع

قوله ولنا ما رويناوهويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة فالعم من الرضاع لا يكون الامن لبن الفحل ثم المراد من لبن الفحل لبن حدث من حمل رجل فذاك اب الرضيع وفي النهاية للعلامة السغناقي رحمه الله وتفسير ذلك ماذكره في الذخيرة والمحيط فقال امرأة ولدت من زوج وارضعت ولدها ثم يبس ثم درلها اللبن بعد ذلك فارضعت صبيان لهذا الصبي ان يتزوج بابنة هذا الرجل من غيرهذه المرأة قال وليس هذا بلبن الفحل وكذلك اذا تزوج امرأة ولم يلد منه قط ثم نزل لها اللبن فان هذا اللبن من هذه المرأة ولو زنى بامرأة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية لايجوز لهذا الزاني ان يتزوج بهذه الصبية ولالابيه ولالابنه ولالابناء اولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين هذا الزاني **قوله** ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه ولايلزم على هذا ما اذانزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن ولايتغذى به الصبي **قوله** وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد اي ثدي امرأة واحدة **قوله** ولا يتزوج المرضعة

واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمة الله تعالى عليه هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب

احدا من ولد التي ارضعت في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية ومن ولد التي ارضعت على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا تتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح ونسختان اخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعله او مفعوله على ماذكرنا ولكن على هذين التقديرين لابد ان يكون من الولد التي ارضعت معرفا باللام ٭
قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وكذا لو خلط بالدواء او بلبن البهيمة فالعبرة للغالب وفسر الغلبة محمد رحمة الله تعالى عليه فقال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال ابو يوسف رحمه الله ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير احدهما دون الآخر يكون رضاعا وقيل على قول ابي حنيفة رحمه الله اذا جعل اللبن في دواء او اخلط بالماء لا تثبت الحرمة بكل حال كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله **قوله** وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم

ولامعتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان خلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان واذا انزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية

وقال الشافعي رحمه الله قد رما يحصل به خمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة كذا في المبسوط لانه موجود فيه حقيقة وذلك القدر لو وصل بنفسه يثبت به التحرم فكذا اذا كان معه غيره ولنا ان المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب كما في اليمين فانه لو حلف ان لا يشرب اللبن فشرب لبنا مغلوبا بالماء لا يحنث ٭

قوله ولامعتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم اذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت في حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا تثبت على كل حال عنده لان التغذي كان بالطعام دون اللبن كذا في المبسوط **قوله** واذا اختلط لبن امرأتين الى ان قال وعن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه روايتان في رواية اعتبر الغالب كما هو قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وفي رواية تثبت الحرمة منهما

لد

واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجربه الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك فى اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر فى الميت دفنا وتيمما اما الجزئية فى الوطى لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

كما هو قول محمد رحمة الله تعالى عليه واصل المسئلة فى الايمان وهو ما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة آخرى وشربه فهو على هذا الخلاف ه

قوله واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فارضع الصبي تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمة الله تعالى لا يحرم اذا حلب بعد الموت بخلاف ما اذا حلب قبل الموت فشربه بعد الموت فانه تثبت به الحرمة لان اللبن كان محلا قابلا للحكم عند حدوثه فتعلق الحكم به ولم يبطل ذلك بموت من انفصل منه اما اذا انفصل بعد الموت فلم يحدث اللبن على وجه يتعلق به الحكم فصار كلبن البهيمة اذا ارتضع صبيان منه

قوله وهذه الحرمة تظهر في الميت دفنا وتيمما هذا جواب عن حرف الخصم وبالموت لم يبق محلا لها فقال تظهر هذه الحرمة فى الميت دفنا وتيمما بان كانت المرضعة ذات زوج فان زوجها صار محرما لهذه الميت بالصهرية بسبب هذا الايجار وقبل هذه المسئلة بناء على ان الفعل الحرام لا يصلح سببا للكرامة عنده كالوطئ الحرام لايوجب حرمة المصاهرة عنده وعندنا يصلح سببا باعتبار انه سبب للجزئية لا باعتبار انه حرام فكذا هنا ايجار لبن الميت حرام فلا تثبت به الحرمة عنده وعندنا ثبوت الحرمة باعتبار انه معد للصبي لا باعتبار انه حرام ه

واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رح انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهران المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فاما المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوا لنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن تتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لاجزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصيرجامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها

قوله واذا احتقن الصبي باللبن الصواب واذا احقن **قوله** واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما لانه لاجزئية بين الآدمي والبهائم لان الاختية لا يكون الا بعد الامية والبهيمة لاتتصور ان تكون اما للآدمي ولا دا فكذا رضاعا بخلاف مالو حصل الرضاع من المرأة لان الامية هنا تتصور ولادا فكذا رضاعا وكان محمد بن اسماعيل رحمه الله صاحب الحديث يقول تثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارا في زمن الشيخ ابي حفظ الكبير رحمه الله وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فلست هنا لك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة اذا رضع صبيان بلبن شاة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا بسبب هذه الفتوى **قوله** فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ثم ان كان قبل الدخول بالكبيرة جاز له ان يتزوج بالصغيرة لانها ربيبة ولم يدخل بامها ولا يتزوج الكبيرة ابدا لانها ام امرأته من الرضاع كذا في الايضاح **قوله** وللصغيرة نصف المهر

والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها

وقال مالك رحمه الله لا يجب لان الفرقة جاءت من قبلها بان صارت بنتا للكبيرة فسقط مهرها كما سقط مهر الكبيرة بان صارت امها الا ترى ان مهر الكبيرة يسقط وان قصدت الحسبة بان خافت الهلاك على الصغيرة وانا نقول ان هذه الفرقة لما صارت سبب ضمان واستقام الاضافة الى اسم الامية والبنتية اضفناها الى الامية التي في الام لانها هي المخاطبة دون البنت كذا في الاسرار *

قوله والارتضاع وان كان فعلا منها جواب سؤال بان يقال علة الفرقة ارتضاع الصغيرة والالقام سبب والحكم يضاف الى العلة لا الى السبب وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله تعالى لا يقال لولا امتصاصها ما جاءت الفرقة قيل له هي مجبورة على ذلك بحكم الطبع والكبيرة في القام الثدي في فمها مختارة فاضيف الفساد اليها كمن القى حية على انسان فلدغته ان الضمان على الملقي لان اللدغ لها طبعي حتى ان الصغيرة لو جاءت الى الكبيرة وهي نائمة فارتضعت ثانيا ولكل واحدة نصف المهر ولا يرجع الزوج على احد فان قيل يشكل هذا بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابوها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل منها قيل له الردة محظورة لا اباحة لها بحال من الاحوال وانها معنى قام بها حكما بخلاف الارتضاع لانه لا حاظر له فان قيل يشكل هذا برجل تزوج امرأة ولم يدخل بها حتى جاء رجل وقتلها يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع على القاتل بشيء مع ان القتل محظور فلما القصاص في العمد احد موجبي القتل وكذا الدية في الخطأ فلا يستوجب شيئا آخر بسبب قتل واحد وللزوج نصيب منه هو واجب فلا يتأدى في حقه واما الزوج فيما نحن بصدده فلا نصيب له من شيء فيضمن المتلف عليه وهو نصف الصداق كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الاسرار في جواب سؤال

ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال اولان فساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه

الردة فقال لا يمكن اضافة الفرقة الى ردة ابويها فان ردتها في الجملة تنفصل عن ردتهما ولا تبين هي بردتهما وانما تبين بردة نفسها فكانت الفرقة لمعنى فيها ثم قال في الاسرار هذه مسئلة مشكلة *

قوله ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد لانها بالارضاع اكدت ما كان على شرف السقوط بان قبلت ابن زوجها بعد ما صارت مشتهاة وقد اكدته بالارضاع فتضمن نصف المهر كما في شهود الطلاق وكما لو زنى بامرأة ابيه قبل الدخول بها تقع الفرقة بينهما ويقضي على الاب بنصف الصداق ويرجع به على ابنه وذكر الامام المحبوبي رحمه الله لا يرجع الاب على الابن وان كان قال الابن تعمدت فساد النكاح لما انه وجب عليه حد الزنا فلا يغرم شيئا آخر واما لو قبل الابن امرأة ابيه وقال تعمدت فساد النكاح يرجع الاب بما وجب عليه من نصف الصداق على الابن لانه اكد ما كان على شرف السقوط **قوله** وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين اي فيما اذا تعمدت الفساد اولم تتعمد لان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبيب على قوله وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة لانها اتلفت ملك نكاحها وملك النكاح عنده مضمون بالاتلاف حتى قال في شاهدي الطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا مهر المثل كذا في المبسوط

الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الافساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك من الصغيرة دون الافساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا امنا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رحمه الله يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد

قوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة جواب لسؤال يرد على قوله لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر فلا يكون ملزما على الزوج شيئا فقد انتقض قولك بوجوب نصف المهر عند الافساد فعلم بهذا ان الافساد ملزم على الزوج فأجاب عنه بان نصف المهر يجب بطريق المتعة والمتعة تجب ابتداء بالنص بقوله تعالى ومتعوهن لا بمقتضى العقد فان العقد قد انفسخ قبل الاستيفاء فصار كهلاك المبيع قبل القبض وهو لا يوجب على المشتري شيئا فكذلك ههنا **قوله** لانها مأمورة بذلك قال عليه السلام افضل الاعمال اشباع كبد جائع وهو فريضة ان خاف هلاك الصغيرة ومندوب ان كانت جائعة ومباح ان لم تقصد الفساد وتعمد الفساد انما يكون اذا ارضعتها بلا حاجة وتعلم بقيام النكاح وتعلم ان الرضاع مفسد فان فات شيء مما ذكرنا لم تكن متعمدة والقول في ذلك قولها لانه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه **قوله** وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد وبه يصير الارضاع تعديا فيصلح سببا للضمان لا لدفع الحكم وهو وجوب الضمان **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اجنبية كانت او ام احد الزوجين والمراد من الانفراد انفرادهن من الرجال لا انفرادها من جماعتهن

كمن اشترى لحماً فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لايثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امراً دينيا والله اعلم بالصواب ٥

قوله كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه لا ينبغي للمسلم ان يأكل ويطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما تثبت الحرمة هنا مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن على البائع **قوله** ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في النكاح وابطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما لو شهدوا على الطلاق وهذا لان ملك النكاح مع الرضاع لا يجتمعان فتكون الشهادة بالرضاع شهادة بالطلاق اقتضاء بخلاف مسئلة اللحم لان حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك فان الخمر مملوكة ولا يحل تناولها وجلد الميتة مملوكة وحرم الانتفاع به واذا كانت الشهادة بحرمة الاكل لا يتضمن زوال ملكه كانت الشهادة قائمة على مجرد الحرمة والحرمة حق الله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد لانه امر ديني وكذا اذا خطب رجل امرأة فشهدت امرأة عدلة قبل ان يقع عقد النكاح انها ارضعتهما فهو في سعة من تكذيبها وله ان يتزوجها وكذا لو شهد معها رجل واذا كان المخبر ثقة فالاولى ان يتنزه عنه ولا يجب عليه ذلك لانه لو ترك نكاح امرأة تحل له كان خيراً له من ان يتزوج امرأة لا تحل له كذا في الكافي للعلامة النسفي رح والله اعلم بالصواب ٥

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون ان لايزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة

كتاب الطلاق

هو اسم بمعنى التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان ومصدر من طلقت المرأة بالضم كالجمال من جمل وبالفتح كالفساد من فسد والتركيب يدل على الحل والانحلال ومنه اطلقت الاسير اذا حللت اساره فحليته واطلقت الناقة من العقال وطلقت بالفتح وناقة طالق لاقيد عليها ثم الطلاق على نوعين سني وبدعي فالسني نوعان سني من حيث العدد وسني من حيث الوقت والبدعي نوعان بدعي بمعنى يعود الى العدد وبدعي بمعنى يعود الى الوقت فالسني من حيث العدد نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها

واقل ضررا بالمرأة ولاخلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان تطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلي بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها

قوله واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقهن ولم يقل احد بكراهته بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك رح **قوله** وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه كل طلاق مباح ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل كل ذلك مباح ويقول ايقاع الثلث جملة سنة حتى اذا قال لامرأته انت طالق ثلثا للسنة وقع الكل في الحال عنده **قوله** وهي في المفرق على

لو

والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لاتنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ماذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لاحاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد تستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي من الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر رح هو يقيسها على المدخول بها

الا طها رثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في حال بميل قلبه اليها وهو الطهر الخالي عن الجماع والطهر الثاني والثالث نظير الاول في كونهما دليلي الرغبة فصار الحاجة كالمتكررة بالنظر الى دليلها *

قوله والحاجة في نفسها باقية لانه قد يحتاج الى ان يحسم باب النكاح ليتخلص عنها بالكلية لانه ربما يهواها ويميل طبعه اليها ما دام سبيل الوصول اليها ثابتا فيقع في عهدتها فامكن تصوير الدليل عليها **قوله** لمعنى في غيره وهو ماذكرناه وهو قوله لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله فلا حاجة الى الجمع بين الثلث والخلع سني وان كان في حالة الحيض لانه قد يحتاج الى المعاداة لان الله تعالى قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به **قوله** والسنة في العدد تستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة

اي السنة في العدد وهو ان يطلقها واحدة فان كانت في المدخول بها في طهر لم يجامعها فيه يكون سنيا في العدد والوقت وان لم يكن كذلك فهو سني في العدد لا في الوقت فيكون سنيا في العدد مطلقا ه

قوله ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قيل ينبغي ان يكون الطلاق في حالة الحيض مكروها في غير المدخول بها ايضا لقول النبي عليه السلام لعمر رضي الله تعالى عنه ان ابنك اخطأ السنة فالعبرة لعموم اللفظ وهو الطلاق في حالة الحيض فتعم المدخول بها وغير المدخول بها قلنا كان كذلك في حق المدخول بها بدليل آخر الحديث وهو قوله مرة فليراجعها **قوله** الى ان قال واللائي لم يحضن اي من الصغائر اللاتي لم يبلغن واللاتي يبلغن بالسن كذلك اي يعتددن بثلثة اشهر كذا في التيسير **قوله** والاقامة في حق الحيض خاصة اي لا في حق الحيض والطهر وفي المبسوط وقد ظن بعض اصحابنا رحمهم الله تعالى ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ولو كانت الاقامة باعتبارهما لكان ينبغي ان يقدر الاستبراء بعشرة لانه اكثر الحيض

وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز ان يطلقها للسنة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كان تفتر من الوجه الذي ذكر

هذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر في حق ذوات الاقراء فان قيل لما اقيم الشهر مقام الحيض فاذا اوقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلثة كان موقعا الطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض قلنا الخلف تبع للاصل بحاله لا بذاته اي لا يقوم مقامه في جميع الوجوه فان الشهر في حق الآيسة طهر حقيقة وانما اقيم الشهر مقام الحيض في حق انقضاء العدة والاستبراء وذكر شيخ الاسلام فلو كانت الاشهر بدلا عن الاقراء في حق جميع الاحكام لكان الطلاق بعد الجماع محرما كما في حق ذوات الاقراء فلما لم يحرم علم ان الاشهر قامت مقام الحيض في حق تعلق انقضاء العدة بها لا غيره

قوله وان كان في وسطه اي وان كان ايقاع الطلاق في وسط الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر كل شهر بالايام وذلك ثلثون يوما قوله ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلوائي رحمه الله وكان شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر كذا في المحيط

لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطيء غير معلق فرارا من مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة فصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لايؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطيء لكونه غير معلق او فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ' ويطلقها للسنة ثلثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لايطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتدة طهرها ولهما ان الاباحة لعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآئسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتدة طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره

قوله لكن تكثر من وجه آخر فان قيل تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها كما في ذوات الحيض قلنا الطهر زمان الرغبة فلما عارضه فتور الرغبة بالجماع تساويا فترجحت جهة الرغبة بعد تعارضهما لكون الوطيء غير معلق او نقول تعارض الفتور بالجماع مع الرغبة المعينة وهي الرغبة في وطيء غير معلق فبقي نفس الرغبة باعتبار ان الزمان زمان الطهر وذلك لان انتفاء المعين لايوجب انتفاء المطلق فنفس الرغبة كافية لنفي الكراهة لصلاحيتها لدليل الحاجة **قوله** قد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة وهي الاشهر او الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصولها **قوله** ولا يرجى مع الحبل اي لايرجى تجدد الطهر مع الحبل لان الحيض غير ممكن فلا يمكن الطهر

وهو ما ذكرنا فلا تنعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهي العدة ودفعا لضرر تطويل العدة

قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله يطلقها في الطهر الذي يلي الحيض الاول قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى ماذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فيكمل بالثانية ولا يتجزى فيتكامل وجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه

قوله وهوما ذكرنا اشارة الى قوله لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق

قوله عملا بحقيقة الامر وهو قوله عليه السلام لعمر رضي الله تعالى عنه مر ابنك فليراجعها ولايقال بهذا الامر يثبت الوجوب على عمر بان يأمر ابنه بالمراجعة فكيف نثبت المراجعة بقول عمر رضي الله عنه لا نانقول فعل النائب كفعل المنوب فصار كان النبي عليه السلام امر فيثبت به الوجوب **قوله** ورفعا للمعصية بالقدر الممكن المعصية الابقاء ولا يمكن رفعه فيرفع اثره حتى لا تتبين بطلاق محظور **قوله** وجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة فان قيل هذا خلاف النص لان النص وهو قوله عليه السلام ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا وهو غيره متعرض طهرا طلقها

وان نوى ان تقع الثلث الساعة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر رحمه الله لاتصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آئسة اومن ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان تقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لاتصح نية الجمع فيه لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه

في الحيض الذي قبله اولم يطلقها فيه قلنا الطهر مع الحيض المتصل به فصل واحد من فصول العدة والطلاق في الحيض كالطلاق في الطهر المتصل به فلو طلقها في الطهر حقيقة لم يكن له ان يطلقها في ذلك الطهر ثانيا على وجه السنة فكذلك اذا طلقها في الحيض المتصل به وروي في بعض الروايات انه عليه السلام قال لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها ثم ليدعها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ثم يطلقها وفسر الطلاق السني في الزيادات بان يطلقها في طهر خال عن الجماع والطلاق عقيب حيض خال عن الجماع والطلاق *

قوله وان نوى ان تقع الثلث الساعة وقعت عندنا لما قلنا وهو انه محتمل لفظه لانه سني وقوعه من حيث ان وقوعه بالسنة لما روي انه عليه السلام قال من طلق امرأته الفا بانت بثلث والباقي رد عليه فان قيل لما كان اللام هنا للوقت كان تقدير كلامه انت طالق ثلثا اوقات السنة فلو قال هكذا ثم نوى ايقاع الثلث جملة الساعة لايصح بل يقع متفرقا في ثلثة اطهار فيجب ان يكون ههنا كذلك قلنا الفرق بينهما

فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل

ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم

ان اللام ليس بصريح في الوقت بل يحتمله فيترجح جانب الوقت بذكر السنة و مطلق السنة ينصرف الى الكامل و هو السنة وقوعا وايقاعا فلذلك انصرف اليه عند عدم النية واما جانب احتمال ان لايكون اللام للوقت فباق فيترجح عند نيته ان تقع جملة فكان ذكر السنة منصرفا الى نيته وقوعا واما عند التصريح بالوقت لم يحتمل غير وقت السنة فانصرف لذلك الى وقت السنة كاملا و هو ان يكون وقوعا و ايقاعا و هو انما يكون عند التفريق على الاطهار ٭

قوله فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت لان عموم الوقت في الحال محال والثلث انما تثبت في ضمن عموم الوقت فاذا بطل المتضمن وهو قوله للسنة بقي قوله انت طالق وفيه لا تصح نية الثلث فاما اذا نص على الثلث و بطل قوله للسنة بنية الثلث في الساعة بقي قوله انت طالق ثلثا فتقع الثلث وفي الشافي وفي الاصل تصح لان نيته لا تبطل دلالة اللفظ على العدد فعند النية يصير المحتمل كالملفوظ والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل

قوله ويقع طلاق كل زوج ولا ينتقض هذا بالحاق البائن لان ذلك اثبات الثابت حتى لو كان صريحا يقع ولانه لم يقل يقع كل طلاق كل زوج بل قال يقع طلاق كل زوج وطلاق هذا الزوج مما يقع في الجملة بدليل وقوعه قبل ثبوت البينونة ولانه ليس بزوج مطلقا ٭

لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق

قوله لقوله عليه السلام كل طلاق جائز المراد من الجواز هنا النفاذ كما في البيع وغيره ونفاذه انما يكون بالوقوع ولم يرد بالجواز ضد الحرمة لانه قال الا طلاق الصبي والمجنون وفعلهما فيما يرجع الى المعاملات لا يوصف بالحرمة لانه لا يجري القلم عليهما بكتبة السيئة والحرمة باعتبارها فكان الجواز محمولا على النفاذ وذلك بالوقوع **قوله** وهما عديما العقل فان قيل هذا في المجنون مسلم واما الصبي فيوصف بالعقل فيقال يصح اسلام الصبي العاقل قلنا لما لم يعتدل عقله بالبلوغ كان طرف العدم ثابتا بعد لقيام الصبي خصوصا فيما يضره وهذا لان اعتبار القصد يبتني على الخطاب ومبنى الخطاب على اعتدال الحال ولكن قدر ذلك العقل وان لم يعتدل فصلح لتحقق ما هو حسن لعينه بحيث لا يحتمل القبح كالايمان وتحقيق ما هو قبيح لعينه بحيث لا يحتمل الحسن كالردة لانهما لا يحتملان الرد بعد تحققهما بحدهما لما يجيء ان شاء الله تعالى والعاقل من يستقيم كلامه وافعاله وغيره نادر والمجنون ضده والمعتوه من يختلط كلامه وافعاله فيكون هذا غالبا مرة وذا غالبا مرة **قوله** هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وهذا لان المكره يقصد دفع الشر عن نفسه لا عين ما يتكلم به وهو مضطر الى هذا القصد والاختيار فيفسد قصده شرعا الا ترى انه لو اكره على الاقرار بالطلاق يلغو اقراره بخلاف الهازل لانه مختار في السبب اي في التكلم بالطلاق •

لح

ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعري عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي رحمهما الله تعالى انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي رحمة الله تعالى عليه لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل

قوله ولنا انه قصد ايقاع الطلاق هذا احتراز عن الاقرار بالطلاق مكرها فانه يلغو لان الاقرار خبر محتمل بين الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على انه كاذب فيه والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لا يصير صدقا **قوله** في حال اهليته احتراز عن الصبي والمجنون **قوله** فلا يعري عن قضيته اي حكمه **قوله** وهذا لانه عرف الشرين فاختار اهونهما هذا جواب عن قوله ان الاكراه لا يجامع الاختيار وهذا لان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بالنفاذ كما في الطائع ولا خفاء في المحلية والولاية الشرعية وكذا في الاهلية لان الاهلية تكون بالعقل والقصد الصحيح والاختيار وقد وجدا لعقل وكذا القصد والاختيار لان بالاكراه لا يفوت القصد الصحيح فالمكره يقصد ما باشره ولكن لغيره وهو دفع الشر عن نفسه لا لعينه فهو كالهازل يقصد الى التكلم بالطلاق للعب لا لعينه والهزل لا يمنع وقوع الطلاق فكذا الاكراه وللمكره اختيار صحيح لانه عرف الشرين من الهلاك والطلاق فاختار اهونهما وهو الطلاق وهذا دليل صحة قصده واختياره الا ان الرضاء فائت وفواته لا يخل بوقوع الطلاق كالهازل فان قيل الاختيار في المكره ناقص لانه يشوبه نوع اضطرار في التكلم به بخلاف الهازل قلنا القصد والاختيار امر مبطن فيدار الحكم بوقوع الطلاق على اجرائه الكلمة التي يقع بها الطلاق على لسانه غاية ما في الباب انه لولا الاكراه لما طلق ولكن هذا القدر من النقصان في الاختيار

فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجراله

غير مخيل كما اذا كان الحامل له على الطلاق امرآخر من سوء خلقها اوقبح فعلها فانهما لايفارقان في ان تطليقها للمفسدة الراجحة في بقاء النكاح لكن المفسدة الراجحة ههنا قبل المكره اياه لولا التطليق وثمه امرآخر

قوله فصار كزواله بالبنج في مسئلة البنج تفصيل فانه ذكر عبد العزيز الترمذي رحمه الله فقال سألت ابا حنيفة رحمة الله تعالى عليه وسفيان الثوري عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قال ان كان حين شرب يعلم انه ماهو تطلق امرأته وان كان حين شرب لم يعلم انه ماهو لاتطلق امرأته ولو شرب من الاشربة التي تتخذ من الحبوب اومن العسل اومن الشهد وسكر وطلق امرأته لا يقع طلاقه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله وذكر في المبسوط وحجتنا ما روينا كل طلاق جائز الاطلاق الصبي والمعتوه ولان السكران مخاطب فاذا صادف تصرفه محله يعد كالصاحي وبيان انه مخاطب ان الله تعالى قال ياايها الذين آمنوا لاتقربوا الصلوة وانتم سكارى فهذا ان كان خطابا له في حال سكره فظاهر وكذا ان كان خطابا له قبل سكره لانه لايقال للعاقل اذا جننت فلاتفعل كذا ولان الخطاب انما يتوجه باعتدال الحال وذا باطن لايوقف عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيرا وبالسكر لم يزل هذا المعني وغفلته عن نفسه بسبب هو معصية فلايستحق به التخفيف ولم يكن ذلك عذرا في المنع من نفوذ شيء من تصرفاته بعدما تقرر سببه لان بالسكر لايزول عقله ولكن عجز عن استعماله لغلبة السرور عليه ولئن زال فهو حاصل بسبب هو معصية فلم يؤثر في اسقاط ما بني على التكليف بل يجعل باقيا حكما زجرا وتنكيلا الاترى انه الحق بالصاحي في حق وجوب القصاص والحد حتى لوقتل انسانا اوقذفه في هذه الحالة

حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى •

يجب عليه الحد والقصاص فلان يلحق بالصاحي في ما لا يسقط بالشبهة اولى بخلاف البنج فان غفلته ليست بسبب هو معصية وما يعتريه نوع مرض فلا يكون سكرا حقيقة وكان كالاغماء وجعل الامام المحقق فخر الاسلام رحمه الله السكر على نوعين مباح ومحظور ثم رتب هذه الاحكام وهي وقوع الطلاق والعتاق على السكر المحظور دون المباح وجعل السكر من المباح بمنزلة الاغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق ثم قال اما السكر المباح فمثل من اكره على شرب الخمر بالقتل فانه يحل له ذلك وكذلك المضطر اذا شرب منها ما يرد به العطش فسكر به واما السكر المحظور فهو السكر من كل شراب محرم وذكر الامام ابو الفضل الكرماني رحمه الله في الايضاح ولو اكره على الشرب او شرب الخمر عند الضرورة فسكر فان طلاقه واقع لان زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الاصل فان حظر العقل وان زال بعارض الاكراه لكن السبب الداعي الى الحظر قائم فاثر قيام السبب في حق الطلاق فان قيل زوال العقل اذا كان بسبب المعصية جعل العقل باقيا زجراله فلم لم يجعل الاقامة باقية في حق المسافر العاصي حتى لا يترخص برخصة المسافر زجرا له قلنا الرخصة متعلقة بالسفر ولا معصية فيه فلا يجعل في حكم العدم لمعنى جاوره وهو خبث باطنه وهذا لان زوال الاقامة ليس بالمعصية ليجعل الاقامة باقية حكما زجرا له وههنا زوال العقل بالمعصية فيجعل باقيا بتقدير ازجر اله •

قوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه فان قيل الصداع حصل بالخمر فيضاف السكر اليها بواسطته كما في شراء القريب قلنا الخمر ليست بموضوعة للصداع والشراء موضوع للملك فافترقا •

وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها اوعبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها اوعبدا وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال

واذا تزوج العبد امرأة وطلق وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته

قوله وطلاق الامة ثنتان وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وما قاله الشافعي رح قول عمر وزيد بن ثابت واما عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فيعتبر بمن رق منهما حتى لا يملك عليها ثلث تطليقات الا اذا كانا حرين كذا في المبسوط **قوله** لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء فوجه التمسك به ان النبي عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء بالاجماع من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة **قوله** ومعنى الآدمية في الحر اكمل بدليل شهادة الاحكام لان الحر يصلح للقضاء والشهادة والولاية واذا كان كذلك فيعتبر حال الزوج لانه هو المالك والمالكية من معنى الآدمية ايضا وذلك فيما قلته بانه يملك الثلث اذا كان حرا ويملك الثنتين اذا كان عبدا ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان ذكرها محلاة بالالف واللام فيتناول الجنس فيكون طلاق الامة التي تحت حر ثنتين **قوله** ولان حل المحلية نعمة هذا رد لتعليل الخصم في موضع فانه يقول حل المحلية اشارة الى تمهيد المحل لاثبات الملك فيه بالعقد وذلك ليس من الكرامة بل هو مشعر بنقصان حال المحل فلم يؤثر رقها في تنصيف الحل

لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى والله اعلم بالصواب

باب ايقاع الطلاق

قال الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

وانا نقول الحل نعمة وكرامة من الجانبين جميعا قال الله تعالى لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن فسوى بينهما في موضع النفي فكذا في موضع الاثبات وهذا لان عقد النكاح من باب المصالح وضعا من الجانبين فثبوت الملك عليها ما كان مقصودا ولكن لتحقيق ماهو المقصود وهو حل المحلية الا ترى ان من كان ابعد عن الاسلام لم يثبت في حقه حل المحلية كالمجوسية وتأويل ماروي وهو قوله الطلاق بالرجال قيل انه كلام زيد لا يثبت مرفوعا الى رسول الله عليه السلام واما قوله ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر قلنا ان الحجر يثبت مرة باحوال المالك مع قيام اصل الملك كما في الصبي والمجنون ومرة يثبت بمعنى في المحل بان لا يقبل التصرف كالعصير يتخمر والعبد يأبق وههنا المرأة محل هذا العقد فيقع الاختلال في التصرف بسبب اختلال المحل لما ان حل المحل يختل بالرق على ما مر ۔

قوله لان ملك النكاح حق العبد وهذا لان النكاح من خواص الآدمية والعبد مبقى على اصل الحرية فيها فعلى هذا يجب ان يملك العبد النكاح بدون اذن المولى لكن لو قلنا به يتضرر المولى فلذلك لم يملك بدون اذن المولى والله تعالى اعلم بالصواب ۔

باب ايقاع الطلاق

قوله وانه يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فهذه الآية تدل على

وكذا [illegible] نوى الا بانة لا نه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضائه [illegible]

ان الطلاق الرجعي لا يرفع الزوجية ولا يبطلها فان الله تعالى سماه بعلا بعد الطلاق وهو الزوج فان قيل اليس ان الله تعالى قال احق بردهن وانما يستعمل الرد فيما زال عنه ملكه وا ما ماهو في حكم ملكه لا يصح ان يقال ردها الى ملكه قلنا يجوز اطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك فيكون الرد بمعنى المنع للسبب عن اثبات الزوال فيكون فسخا للسبب فان اسم الرد كما يطلق لفسخ السبب والحكم جميعا يطلق لفسخ السبب كما اذا اشترى جارية فوجد بها عيبا ففسخ يقال رد الجارية بالعيب ففيه فسخ السبب والحكم جميعا واذا اشترى على انهما بالخيار ولم يثبت الملك للمشتري بالاتفاق ثم اذا فسخها يقال رد الجارية ففيه فسخ السبب لا غير فان قيل لا يخلو عن احد المجازين لان الرد لو كان على حقيقته وهو الرد بالنكاح الجديد كان اسم البعل مجازا ولو كان البعل على حقيقته كان الرد مجازا فلم يرجح جعل جانب الرد مجازا قلنا لما ان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة والحقيقة لا يترك الا بالدليل واما لفظ الرد فيستعمل في الوجهين الذين ذكرهما ولانه جعل الرد الى الازواج والرد اذا كان بسبب النكاح لا يكون هو احق منها ٭

قوله وكذا اذا نوى الابانة هذا عطف على قوله فهذا يقع به الطلاق الرجعي يعني يقع به الطلاق الرجعي وان نوى الابانة **قوله** فيرد عليه لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بالرد كما في قتل المورث جوزي بالحرمان وكما في قصد من عليه السهو بتسليم قطع الصلوة رد قصده عليه ٭

ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اي اعطاء جزيلا ولو قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث فوقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت

قوله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال انت طالق من عمل كذا وقع به الطلاق قضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى وكل ما لا يدينه القاضي فيه كذلك المرأة اذا سمعت منه اوشهد به عندها شاهد عدل لا يسعها ان يدينه لانها لا يعرف منه الا الظاهر كالقاضي كذا في المبسوط **قوله** وذكر الطلاق

(متن)

طلاق ... الطلاق لها ايضا ولا يحتاج فيه إلى النية ...
... الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم ...

هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق وحاصله ان ذكر النعت يقتضي وصفا ثابتا لموصوف لغة كذكر العالم هو ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف وكذلك في قولنا جالس وقائم واذا كان كذلك فنية العدد انما يعمل في الطلاق الذي هو فعل الرجل اذا كان محتملا لنية العدد فلما كان هذا نعتا للمرأة ولم يكن الطلاق ثابتا بها قبل هذا كان نعته ايا ها بذلك كذبا محضا في مخرجه لغة كما اذا قلت لرجل قائم انه جالس او على العكس لكن اثبت طلاق بها شرعالا لغة قبيل قوله انت طالق لضرورة تصحيح وصف الواصف به وذلك ثابت اقتضاء ولا عموم للمقتضى عندنا لان ثبوته لتصحيح الكلام لما ان الثابت بطريق الضرورة يثبت على حسب ثبوت الضرورة لا ما وراءه والضرورة تندفع بالواحدة فلما لم يثبت الطلاق فيما وراءه لا لغة ولا شرعا كانت نية الثلث او الثنتين مصادفة للعدم فلا يثبت الا بمجرد النية ولا يقع بالنية شيء اذا لم يكن اللفظ محتملا لها وكذلك قوله طلقتك او انت مطلقة ولا وجه لتصحيحه الا ان يجعل الطلاق ثابتا قبل اخباره بهذا لضرورة تصحيح اخباره فكان هذا ثابتا شرعا ايضا بطريق الاقتضاء فلا يعمل نية الثنتين او الثلث لما قلنا بخلاف قوله طلقي لان ثبوت التطليق هناك ليس على طريق الاقتضاء لانه لا ضرورة لتصحيح الصدق حتى يثبت الطلاق قبله ضرورة لما انه للطلب لا للاخبار فلم يثبت هناك من معنى الاقتضاء الذي ذكرناه في الاخبار

لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل فلا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما

قوله لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس كما لو حلف ان لا يشرب الماء فانه لو نوى جميع المياه يصح وان لم ينو شيئا ينصرف الى ادنى ما يطلق عليه الاسم وان نوى قدحا وقدحين لا يصح وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذا بالفردية لتوحدها حقيقة وحكما او الجنسية لتفردها حكما لانك لو عددت الاجناس كان هذا باجزائه واحدا وليست بفرد حقيقة اذهي اجزاء متعددة صار هذا الاسم الفرد واقعا على الكل بصفة انه واحد ولما كان الادنى فردا حقيقة وحالا كان اولى بالاسم الفرد عند الاطلاق والآخر محتمل والمثنى ليس بفرد حقيقة وحالا فلا يتناوله الفرد حتى لو كانت المنكوحة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية فان قيل لما اقيم قوله انت طالق مقام انت الطلاق وفي قوله انت طالق لا تصح نية الثلث فينبغي ان لا يقع بقوله انت طالق الثلث وان نوى كما في قوله انت طالق قلنا لا تصح نية الثلث في قوله انت طالق لان ذلك نعت فرد من كل وجه فلا يحتمل العدد كما ذكرنا واما الطلاق فمصدر في اصله وان وصف به فلمح فيه جانب المصدرية فلذلك خالف لقوله انت طالق في صحة نية الثلث او نقول انما صح نية الثلث في قوله انت طالق لان معنى

ولو[illegible] طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة [illegible]

[illegible] واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان ان [illegible]

مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق او عنقك طالق او رأسك طالق او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ويراد به النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزء شائعا مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ٭

قوله انت طلاق ذات طلاق على حذف المضاف لا ان يكون طلاق بمعنى طالق الا ان قولنا ذات طلاق وطالق واحد في المعنى فلذلك قيل انه بمعنى طالق فصح نية الثلث في قوله انت طلاق دون قوله انت طالق وفي المبسوط لو قال انت الطلاق فمعناه انت طالق الطلاق حتى صح فيه نية الثلث ٭

قوله ولو قال انت طالق الطلاق وقال عنيت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى صدق لان كل واحدة يصلح للايقاع باضمار انت فصار كقوله انت طالق انت الطلاق فيقع رجعيتان ان كان مدخولا بها والا لغا الكلام الثاني ولا يقع ٭

ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد والرجل ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

قوله ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق لان الطلاق لرفع حكم النكاح فيكون محله ما هو محل حكم النكاح ولا يلزم انه لا تصح اضافة النكاح اليه ولو كان محلا لصحت لانه مع قيام المحلية لا تصح اضافة النكاح اليه لان التعدي الى سائر الاجزاء غير ممكن لان قيام الحرمة في سائر الاجزاء منع من تعدي الحل اليه اذ الحرمة تغلب الحل ومما نحن فيه استقامت التعدية الى سائر الاجزاء تغليبا للحرمة على الحل ولنا انه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو وهذا لان الطلاق وضع لرفع القيد فيكون محله ما يكون . . . القيد . . . في اليد قيد ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها يد . . . واضاف . . . لنكاح الطلاق . . . بخلاف الجزء الشائع لانه صح اضافة النكاح اليه عندنا فيكون محلا النكاح فيكون محلا للطلاق والتعدي من محل اضيف اليه التصرف الى محل آخر انما يستقيم ان لو صلح المحل الذي اضيف اليه التصرف . . . نعا

واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لايعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة اوثلث تطليقة كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لايتجزئ

للجزء الذي لم يضف اليه التصرف وانما يصلح مستتبعا له ان لوكان اصلا بنفسه فيستتبع غيره في الحكم والجزء الشائع اصل بنفسه اذلاوجود للمحل بدونه فجاز ان يستتبع جزء مثله في الحكم تصحيحا لتصرفه اتباعا للبعض الذي لم يثبت الحكم فيه لعدم الدليل للبعض الذي يثبت الحكم فيه بالدليل واما الجزء المعين فتابع في نفسه في حق محلية الحكم على معنى انه يتصور وجود المحل ووجود حكم التصرف بدونه فلوقلنا بالاستتباع لادى الى جعل الاصل تابعا لتابعه وجعل التابع اصلا لاصله وهو باطل ولايقاس اليد على الرأس لان الوقوع ثمه لا باضافه الطلاق الى الرأس حتى لوقال الرأس منك طالق لايطلق ولكن باعتبار ان الرأس يعبر به عن البدن كما مرحتى لوعبر باليد عن البدن عند قوم يقع الطلاق باضافته الى اليد كذافي المبسوط وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت على حذف المضاف اي على صاحب اليد الاان اليدلما كانت آلة الاخذ اضيف اليها وذكر في الاسرار اراد النبي عليه السلام بذكراليدصاحبها وعندنا متى قال الزوج اردت اصما رصاحبها طلقت ولانه يجوزان يكون اليد هناك عبارة عن الكل مقرونا بالاخذ لان الاخذ باليد يكون فلا يكون كذلك مقرونا بالطلاق ٠

قوله واختلفوا في الظهر والبطن والاظهرانه لايصح اي لايقع الطلاق حتى لوقال ظهرك علي كظهرامي اوبطنك علي كبطن امي لايكون مظاهرا ٠

وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف تكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فتتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رحمه الله في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكر اذ الاصل في الطلاق هو الحظر

قوله وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله صيانة لكلام العاقل عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بالقدر الممكن لانه اذا تام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى لو لم يتكامل يؤدي الى ابطال الدليل قوله وقال زفر رحمه الله في الاولى لا يقع شيء وقد حاج الاصمعي في هذه المسئلة عند باب الرشيد فقال له الاصمعي ما قولك في رجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسع سنين فتحير زفر رحمة الله تعالى عليه وقال استحسن في مثل هذا كذا ذكره فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه

ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولونوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولوقال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب اولم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمة الله تعالى عليه تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول حسن ابن زياد رحمة الله تعالى عليه ـ

قوله ثم الغاية الاولى لابد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية لانه لوقع الثانية لا ثانية قبل الاولى ولابد لذلك الكلام من الابتداء فاذا لم يوقع الاولى كما قال زفر رحمه الله تصير الثانية ابتداء فلا يمكن ابقاؤها ايضا فلاجل هذه الضرورة ادخلت الغاية الاولى لا ضرورة في الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس كما قال زفر رحمه الله وحاصله انه لما لم يتصور وقوع الثانية الا بعد وقوع الاولى اوقعنا الاولى وهذا المعنى لا يوجد في الغاية الاخيرة لانه يتصور وقوع الثانية بدون الثالثة فان قيل اليس انه لو قال لها انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولا يدل من ضرورة وقوع الثانية وقوع الاولى قلنا لان قوله ثانية صار لغوا هناك وقوله ههنا من واحدة الى ثلث كلام معتبر في ايقاع الثانية ولا يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى فان قيل فعلى قول زفر رحمه الله اذا قال انت طالق من واحدة الى واحدة ينبغي ان لا يقع شيء لانه ليس بين الحد بن شيء قلنا قال بعض المتأخرين ينبغي ان يكون هكذا على قياس مذهبه والاصح انه تقع تطليقة واحدة لان آخر كلامه لغو باعتبار انه جعل الشيء حدا ومحدودا وذلك لا يتصور فاذا لغا آخر كلامه بقي قوله انت طالق كذا في الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه ؛

ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لايوجب تعددها فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لايصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رح ثلث لان قضيته ان تكون اربعا لكن لامزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة تملك الرجعة وقال زفر رحمة الله تعالى عليه هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول

قوله ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لافي زيادة المضروب فانه لوكان يزداد في نفسه لم يبق احد في الدنيا فقيرا لانه يضرب مائة في الف درهم فيصير مائة الف درهم وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها لم يقع الا واحدة **قوله** وان نوى واحدة مع اثنتين يقع الثلث دخل بها اولا **قوله** وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول ولا يقال انه لو قال انت طالق تطليقة طويلة يقع الرجعي عنده فكيف يقع البائن هنا وانه كناية عنه لانا نقول ثم صرح بالطول وهنا كني عنه وثبوت الشيء كناية اقوى من ثبوته صريحا لان ذا ثابت بدليله بخلاف مالوكان مصرحا فان قولك كثير الرماد ابلغ في وصفه بالجود من قولك جوادا لان كثرة الرماد اثر الجود وعلامته فكان دليلا عليه بخلاف وصفه بالجود مجردا ولان قوله من ههنا الى الشام يفيد الطول والعرض وجاز ان لايحصل البينونة عنده بوصفه بالطول فحسب ويقع عنده وصفه بالطول والعرض لانه يفيد العظم فصار كانه قال انت طالق كالجبل

وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع فى الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد وكذلك لو قال انت طالق فى الدار لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال فى دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية والله تعالى اعلم بالصواب ـ

وثم عنده يقع البائن لان المشبه به عظيم كذا هنا بخلاف نفس الطول لانه ليس فيه عظم فكان كنفس التشبيه وعنده لا يقع البائن بنفس التشبيه اذا لم يكن المشبه به عظيما على انه جاز ان يكون له روايتان فى هذه المسئلة فقد ذكر المشايخ رحمه الله فى دليله لانه وصف الطلاق بالطول فصار كانه قال انت طالق تطليقة طويلة ولو قال كذلك كان بائنا كذا هنا ـ

قوله قلنا لا بل وصفه بالقصر و نفس الطلاق لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم و قصر حكمه بكونه رجعيا **قوله** لمقاربة بين الشرط والظرف لان المظروف لا يوجد بدون الظرف وكذلك المشروط لا يوجد بدون الشرط والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولوقال انت طالق غداوقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله وكان مخالفا للظاهر ولوقال انت طالق اليوم غدا اوغدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزوالمنجز لا يحتمل الاضافة ولوقال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لمافيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولوقال انت طالق في غدوقال نويت آخرا لنهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف كلمة في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

قوله لانه نوى التخصيص في العموم ونية التخصيص في العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال لا آكل طعاما ونوى طعاما دون طعام كذا في المبسوط **قوله** لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة فان قيل اذا قال انت طالق اليوم اذا جاء غد فهي طالق حين يطلع الفجر فقد احتمل التعليق مالو لم يذكر بعده التعليق لكان منجزا فينبغي ان يحتمل الاضافة ما لو لم يكن ذكر الغد بعده لكان منجزا انما نجز بذكر اليوم اذا لم يذكر الاضافة متصلا به كما في التعليق قلنا ذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط انه انما يغير حكم اول الكلام هناك لان ذلك تعلق بالشرط وذكر الشرط موصولا بكلامه يخرج كلامه من ان يكون تنجيزا كما لوقال انت طالق اليوم اذا كلمت فلانا او ان كلمت فلانا لم تطلق قبل الكلام وتبين بذكر الشرط ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت

لابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما للوقت قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة

الوقوع بخلاف قوله اليوم غدا فان هناك ليس بذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع ٭

قوله لابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه انه نوى حقيقة كلامه فيصدق وهذا لانه ايقاع الطلاق في الغد لانه جعل الغد ظرفا والظرفية تليق بالايقاع والظرف لا يقتضي استيعاب المظروف كقولك زيد في الدار بل يقتضي وجوده في جزء من اجزاء المظروف غير انه متى لم ينو

وموتها بمنزلة موته وهو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق
حتى يموت عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا تطلق حين سكت لان كلمة
اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم

وإذا تكون كريهة ادعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها
بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة رح انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم

واستغن ما اغناك ربك بالغنى ... واذا تصبك خصاصة فتجمل

فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال
بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط
يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن
له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما

شيئا يعين الجزء الاول باعتبار السبق وعدم المعارض ومتى نوى جزءا كان تعيين الجزء
المنوي وهو قصدي اولى بالاعتبار من الجزء الاول وهو ضروري بخلاف قوله انت طالق
غدا لانه وصفها بهذه الصفة في جميع الغد الا ترى ان من قال والله لاصومن في العمر يتناول
ساعة من العمر حتى لو صام ساعة بر في يمينه ولو قال العمر يتناول جميع العمر حتى لا يبر
من يمينه الا بصوم جميع العمر وكذا لو قال ان صمت الدهر فعبدي حر يقع على صوم الابد
ولو قال ان صمت في الدهر فعبدي حر يقع على صوم ساعة والفقه فيه ان غدا ظرف ضروري
لثبوته لا بلفظه وقوله في غد ثبت بلفظ يدل عليه وما ثبت باللفظ يحتمل النية لا ما ثبت
بدونه كما في قوله لا اشرب ونوى شرابا دون شراب وفي قوله لا اشرب شرابا
قوله وموتها بمنزلة موته وهو الصحيح وفي النوادر لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لايسكن هذا الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته لم يحنث واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار

قادر على الايقاع كما اذا قال ان لم ادخل الدار فانت طالق يقع بموته ولم يقع بموتها لان بعد موتها يمكن دخول الدار فلا يتحقق الياس فلا يقع وانما يتحقق العجز عن الايقاع بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد موتها والصحيح ان موتها كموته لانها اذا اشرفت على الموت فقد بقي من حيوتها ما لا يسع للتكلم بالطلاق ولذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق لانه يستغني عن زمان التكلم فوجد الشرط والملك قائم والمحل باق بخلاف قوله ان لم ادخل الدار ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الياس بموتها فلا يكون موتها كموته وفي الجامع الصغير التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه وان مات احدهما طلقت فان كان رجعيا توارثا لبقاء الزوجية وان كان بائنا ان ماتت لم يرثها وان مات هو ورثته ان كانت مدخولا بها لانه طلاق الفار

قوله واخواته وهي نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل منها لا يحنث

صح

فيحمل عليه اذاقرن بفعل يمتد كالصوم والامرباليدلانه يراد به المعيار وهذا البق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره المراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذاقرن بفعل لايمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الاالسواد والنهار لا يتناول الا البياض خاصة هو اللغة والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامرباليد حتى اذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت في اليوم الذي يصوم حين تغيب الشمس ولوقال امرک بيدک يوم تقدم فلان فقدم فلان نهارا فلم تعلم به حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامرباليد مما يمتد **قوله** (والطلاق) والتزوج من هذا القبيل وفي بعض النسخ والطلاق من هذا القبيل وهو الاظهرلان المراد من فعل قرن به هوالمظروف وهوالجزاء لاالمضاف اليه وبعض المشايخ اعتبروا المضاف اليه فيما لايختلف الجواب وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه مما لا يمتد تسامحا نظرا الى حصول المقصود وهو استقامة الجواب حيث صرحوا في قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق بان المقرون هوالكلام والكلام مما لا يمتد وفي قوله يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان التزوج مما لايمتد فاما فيما لايختلف الجواب فيه بالاعتبارين بان كان احدهما ممتدا والآخرغيرممتد فالكل اعتبروا المظروف ولم يلتفتوا الى المضاف اليه كما في مسئلة الامرفان الكل اعتبروا فيها الامرباليد الذي هو مظروف دون القدوم الذي هو مضاف اليه فثبت ان المعتبرهو المظروف في هذا الباب دون المضاف اليه والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل

ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتها فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة اولا فليس بشيء قال رضي الله تعالى عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله آخرا وعلى قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رحمه الله في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولا شيء

فصل

قوله ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق لان الابانة لازالة الوصلة وهي مشتركة والتحريم لازالة الحل وهو مشترك ولو لم يقل منك او عليك لم يطلق لان حله ووصلته قد يكون باخرى فلا يتعين هذه بلا ذكر وليس كذلك انت بائن او حرام لان حلها ووصلتها معه لا غير **قوله** وهو فيها دون الزوج لانه لا تطلق بعد

ولا فرق بين المسئلتين ولوكان المذكورههنا قول الكل فعن محمد رحمة الله تعالى عليه روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة فبقي قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق اولا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع

النكاح الى ما شاء ويستمتع بامائه وثلث سواها فان قيل الزوج ايضا ممنوع عن التزوج باختها واربع سواها فيكون مقيدا قلنا هذا ليس بقيد من جانبها فان العاجز عن التصرف بحكم انه لم يكن مشروعا لا يكون مقيدا فان كل انسان عاجز عن القضاء مالم يقلد وليس بمقيد وكذا الصبي عاجز عن التصرفات وليس بمقيد فالمقيد الحقيقي من له الآلات الملمية لفعل المشي والبطش وبسبب القيد يمتنع عن ذلك فالمقيد الحكمي هكذا ينبغي ان يكون له آلات القدرة من العقل والبلوغ ثم امتنع نفاذ تصرفه لمانع القيد كالمرأة تقيدت بقيد رق النكاح عليها ولا رق في جانب الزوج ولكنه منهي عن نكاح الخمس والجمع بين الاختين قبل نكاح هذه فلا يكون حكما لنكاح هذه المرأة ولا من اثره فكان اضافة الطلاق الى الرجل وانه لازالة القيد اوالملك لغة وشرعا ولا قيد ولا ملك في الرجل فيكون اضافة الشيء الى غير محله فيلغوا بخلاف الابانة والتحريم لان التحريم لاثبات الحرمة والابانة لقطع الوصلة لغة والحل والوصلة مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما وقوله والحل مشترك والطلاق وضع لابطاله قلنا الطلاق ما وضع لابطال الحل بل لرفع القيد اوالملك والحل الثابت لها عليه يكون تبعالا قصدا بل ثبت ضرورة ثبوت الحل له عليها اه

قوله ولا فرق بين المسئلتين اي بين قوله اولا وقوله اولا شيء فلا يختلف جواب محمد فيهما فبيان قول محمد فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولا شيء تكون بائنا في واحدة اولا

قوله ولوكان المذكورههنا اي في الجامع الصغير قول الكل فعن محمد رحمه الله روايتان اي فيهما

ولهما ان الموصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الاترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولوكان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على مامر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي اومع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الزوج امرأته اوشقصا منها اوملكت المرأة زوجها اوشقصا منه وقعت الفرقة للمنافات بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري

قوله ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد اي قوله انت طالق اذا قرن بالواحدة اوبالثنتين اوبالثلث وانما اطلق اسم العدد على الواحدة لانها اصل العدد يعني ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخل في الايقاع فحينئذ يصير نظير قوله انت طالق اولا وهناك لا يقع شيء بالاجماع كذا هاهنا دل عليه وقوع الثلث على غير المدخول بها اذا قال لها انت طالق ثلثا لانه لوكان الوقوع قبل قوله ثلثا للغا ذكر الثلث ولهذا لو قال لها انت طالق واحدة اوقال انت طالق ثلثا فصادفها قوله انت طالق وهي حية وصادفها العدد وهي ميت لا يقع فلوكان الوقوع بقوله انت طالق لوقع الطلاق وثمرة ذلك تظهر في غير المدخول بها حتى لوكانت مطلقة يجب نصف المسمى ولولم تكن مطلقة يجب جميع المسمى ويظهر ايضا في حق من حلف لا نطلق امرأته **قوله** فليس بشيء

ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيءٌ
لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه
وكذا اذا ملكته او شقصا منه لايقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمة الله
تعالى عليه انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول

اي لايقع شيءٌ لان معنى قوله مع موتي بعد موتي الا ترى انه لو قال انت طالق
مع دخولك الدار فان الدخول يصير شرطا ولا تطلق الا بعد الدخول فكذلك ههنا لو وقع
الطلاق بهذا اللفظ انما يقع بعد موته او بعد موتها ولا نكاح بينهما بعد موت احدهما
لان مع للمقارنة وحال موت احدهما حال ارتفاع النكاح والطلاق لا يقع الا في حال
استقرار النكاح فاذا كان الايقاع يقترن بالموت كان الوقوع بعده لان
الوقوع حكم الايقاع والحكم يعقب السبب ولا يقترن به كذا ذكره شمس الائمة
السرخسي رحمة الله تعالى عليه *
قوله ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج
جميع منكوحته بملك اليمين اما اذا ملك شقصا منها فلا يثبت الحل بملك الشقص
فينبغي ان لا يبقى الحل الثابت بينهما نكاحا لانه لم يطرأ عليه لاجل قوي ولا ضعيف
قلنا ملك اليمين دليل على الحل فقام مقام الحل تيسيرا فعلى هذا ينبغي ان يبطل نكاح
المكاتب ايضا اذا اشترى منكوحته لورود دليل الحل القوي على الضعيف ومع ذلك
لا يبطل ذكره في المبسوط لان الثابت له في كسبه حق الملك وحق الملك لا يمنع بقاء
النكاح ولان ملك اليمين لا يثبت للمكاتب انما يثبت له ملك التصرف لان
قيام الرق يمنعه عن ذلك والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلم يبطل نكاحه لذلك
قوله ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه وهو العدة ولا من كل وجه وهو النكاح

لانه لا عدة هنالك حتى حل وطئها له وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق
ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق
بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط مايكون معدوما على خطر الوجود
وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير
التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده
ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة
فلاتحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين ببقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتأخير كما في قوله
تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ماذكرنا من معنى الشرط

قوله لانه لا عدة هنالك وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء
ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطئ
فان قيل اليس انه لايجوز التزويج وهذا دليل على وجوب العدة قلنا قد قالوا لا عدة عليها
بدليل انه لو زوجها من آخر جاز والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر والحاصل انه
لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها وهل يجب في حق غيره فهو على الروايتين
وفي الجامع الصغير التمرتاشي وقالوا واشترى امرأته ثم باعها لايحل للمشتري وطئها
حتى تحيض بحيضتين وكذا لو زوجها المشتري حتى تحيض بحيضتين **قوله** لانه علق
التطليق بالاعتاق او العتق لان قوله مع عتق مولاك اياك يحتمل ان يراد مع اعتاق
مولاك اياك على طريق استعارة الحكم عن علته والدليل عليه انه استعمل العتق
متعديا ويحتمل ان يراد به العتق حقيقة فحينئذ يحتاج الى الاضمار اي مع عتقك اعتاق
مولاك اياك ومثله كثير في كلام العرب **قوله** لان اللفظ ينتظمهما اي لفظ العتق يحتمل
الاعتاق على طريق الاستعارة والعتق على طريق الحقيقة لانه هو الملفوظ ومعنى الانتظام

ولو قال اذا جاء غدفانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غدفانت حرة فجاء الغدلم تحل له حتى تنكح زوجاغيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمدرحمه الله زوجهايملك الرجعةلان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عندالشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة

ههنا احتمال التناول على طريق البدلية لما عرف ان اللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز معا ومعنى قوله انه علق التطليق بالاعتاق اوالعتق لان العتق حكم الاعتاق والحكم يقارن العلة فيقارن العتق الاعتاق فيكون التعليق بالاعتاق تعليقا بالعتق فيصح حينئذ ان يقال التطليق معلق بالاعتاق لانه اريد بالعتق ويصح ان يقال معلق بالعتق لانه حكمه فيقارنه في الوجود فيتوقف التطليق عليه ايضا وانما قلنا انه علق التطليق بالاعتاق او العتق لانه جعل التطليق متصلا بالعتق وذا لا يتصور الا بان يتعلق احدهما بالآخر تعلق الشرط بالمشروط او تعلق احدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول اويتعلقا بشرط واحد اوبعلة واحدة والثالث منتف لانهما لم يتعلقا بشرط واحد وبعلة واحدة وكذا الثاني لان اعتاق المولى ليس بعلة لتطلق الزوج وكذا تطليقه ليس بعلة لاعتاقه فتعين الوجه الاول واستحال ان يتعلق العتق بالتطليق لانه حينئذ يزول ملك المالك بلا رضاه فتعين تعلق الطلاق بالاعتاق وقد وجدت امارة الشرط في الاعتاق لانه معدوم على خطر الوجود وللطلاق تعلق به والمعلق به التطليق لا الطلاق عندنا لما عرف ان اثر التعليق في منع السبب فيصير التصرف تطليقا عندالشرط عندنا وعنده صار تطليقا زمان التكلم فان قيل يجب على هذا ان يصح قوله انت طالق مع نكاحك بمعنى ان نكحتك ولم يصح ذلك قلنا هنا مالك للانشاء فاحتجنا الى تصحيح تعليقه فعدلنا عن الحقيقة لذلك وثمه لايملك الانشاء فلم يعتبر كلامه الا في صريح الشرط

فتطلق بعد العتق فصاركالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق لا الطلاق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه وبخلاف العدة لانه تؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة تؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ماقال لان العتق لوكان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان والله تعالى اعلم بالصواب ●

قوله فتطلق بعد العتق فان قيل التطليق يقارن الاعتاق لتعلقهما بشرط واحد ويلزم من ذلك ان يكون وقوع العتق والطلاق معا ضرورة مقارنة كل واحد من هذين المعلولين بعلته فكيف يستقيم قوله فتطلق بعد العتق قلنا الجواب عنه من وجهين احدهما ان مشايخنا اختلفوا في ان الاحكام الشرعية هل تتأخر عن عللها او تقارنها كما في العقليات فجاز ان يختار محمد رحمه الله تعالى في الطلاق قول من يقول بتأخر المعلول عن علته في الشرعيات وفي الاعتاق قول الاخرين ممن يقول المعلول يقارن العلة في الشرعيات وانما اختار هذا لان العتق اسرع نفوذا لكونه مندوبا والطلاق ابطأ ثبوتا لكونه مبغوضا اولان لا تلزم الحرمة الغليظة بالشك على انا نقول المعلق بالشرط كالمرسل لدى الشرط ولا شك انه تقدم في الوجود او جزهما لفظا في الارسال عند مجيء الغد فكذا في التعليق وقوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين فيستقيم قوله تطلق بعد العتق والثاني يجوز ان يكون المراد بقوله بعد العتق مع العتق كما ان المراد من قوله انت طالق مع عتق مولاك اياك بعد عتق مولاك اياك في المسئلة المتقدمة وعلى هذا التاويل يتأتى التقريب ايضا لان وقوع الطلاق اذا كان مصادفا لحال ثبوت العتق وهي حرة حال ثبوت العتق كما لجسم

فصل في تشبيه الطلاق و وصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها

يكون اسود حال اسوداده ويكون عالما حال قيام العلم به فصار بمنزلة قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك ولهذا تعتد بثلث حيض وهذا آية كونها حرة حال الطلاق ولهما انه اذا ثبتت المقارنة بين العتق والطلاق والعتق يصادفها وهي امة فيكون الطلاق مصادفا للامة ايضا والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة ولا نسلم كونها حرة زمان ثبوت العتق بل الشيء في زمان ثبوته ليس بثابت اجماعا بلا خلاف بين العقلاء اولانه لما وقع التعارض بين دليل الحرمة والحل رجحنا المحرم اخذا بالاحتياط وانما تعتد بثلث حيض احتياطا ايضا على ان العدة وجبت بعد الطلاق و حال وجوب العدة هي حرة بخلاف قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك لان هناك جعل العتق شرطا للتطليق لانه علق الطلاق بمعدوم على خطر الوجود فهذا هو معنى الشرط وصارمع بمعنى ان وقد يجيء مع بمعنى بعد قال الله تعالى ان مع العسر يسرا واذا كان الاعتاق شرطا للطلاق تقدم العتق على وقوع الطلاق لا محالة والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قوله والاشارة تقع بالمنشورة منها واعلم انه لا فرق بين الاشارة بالاصابع التي اعتاد الناس الاشارة بها وبين الاصابع الا حركذا في الفوائد الظهيرية

وقيل اذا اشار بظهورها فبا لمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذ اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذ اتقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين

قوله وقيل اذا اشار بظهورها فبا لمضمومة منها اعتبارا بطريق الحساب وعرفهم وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فالعبرة للنشر وان كان الى الارض فالعبرة للضم وقيل ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر وان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه **قوله** حتى يقع في الاولى ثنتان يعني صحت نيته ديانة في المسئلتين حتى يقع في المسئلة الاولى ثنتان لانه نوى الاشارة بالمضمومتين وفي المسئلة الثانية واحدة لانه نوى الاشارة بالكف **قوله** ولنا انه وصفه بما يحتمله فان قيل لو كان قوله انت طالق محتملا للبينونة ينبغي ان يصح نية البينونة في قوله انت طالق لان النية انما تعمل فيما احتمله اللفظ ولم يصح قلنا النية تصح في الملفوظ لا في غير الملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظة فلا تعمل نيته كمن عليه السهو اذا سلم يريد به قطع الصلوة لا تعمل نيته بخلاف ما اذا قال انت طالق بائن فالبينونة ملفوظة وتحقيقه ان النية تعمل فيما يحتمله اللفظ لا فيما يحتمل ان يحصل باللفظ

ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عني بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن اوالبتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوءه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون طلاق البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انه لايكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة حيض فلابد من النية وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لامحالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابويوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده

قوله ومسئلة الرجعة ممنوعة فهو كقوله انت طالق بائن عندنا هكذا ذكر الفقيه ابو الليث رح **قوله** اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونه جنسا الى آخره في اوائل باب ايقاع الطلاق **قوله** وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن اي في الاحكام الاربعة وهي فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين واو نوى الثلث فثلث ولو عني بقوله انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى تقع تطليقتان فان قيل ان قوله افحش افعل التفضيل مقتضي ان يكون هناك فاحش وهذا افحش منه وليس هناك فاحش الا البائن وهذا افحش منه فتكون ثلثا قلنا هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين مجرد الاثبات قال الله تعالى وبعولتهن احق بردهن ٭

ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملأ البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا
اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو في البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي
فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد به التشبيه في القوة
تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما
وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد بها التشبيه في العدد ظاهرا
فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه
وقد يملأه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل
عند ابي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر
العظم اولم يذكر لما مران التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف رح ان ذكر العظم
يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد
اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس
يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح
وبيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة ومثل الجبل ومثل عظم الجبل
ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه
يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رح
انه يقع بها رجعة لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته
لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله وبيانه في قوله مثل رأس الابرة يقع البائن عند ابي حنيفة رح خاصة على تقدير ان يكون
محمد مع ابي يوسف رح ومثل الجبل يكون بائنا عند ابي حنيفة وزفر رح ومثل عظم
الجبل يكون بائنا بالاجماع المركب فعند ابي حنيفة رح لوجود التشبيه وعند ابي يوسف رح
لوجود ذكر العظم وعند زفر رح لكون الجبل عظيما عند الناس والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه مايغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مباينة وكذا اذا قال لها انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين اوثلثا لما بينا

فصل في الطلاق قبل الدخول

قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول وقعن عليها وفي المبسوط وهذا عندنا وهوقول عمر وعلي وابن عباس وابي هريرة رضي الله تعالى عنهم وقال الحسن البصري رحمه الله تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا الى عدة وقوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لوقال لها انت طالق وطالق وطالق ولكنانقول الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع يكون بالعدد لان الموقع هو العدد واذا صرح بذكر العدد كان هوالعامل دون ذكر الوصف ولهذا لوماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلثا لا يقع شيء وهذا لان الكل كلمة واحدة في الحكم فان ايقاع الثلث لا يتأتى بعبارة اوجزء من هذه والكلمة الواحدة لايفصل بعضها من بعض بخلاف قوله طالق وطالق وطالق لانها كلمات متفرقة **قوله** فان فرق الطلاق بانت بالاولى وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق

وهذه تجانس ما قبلها

وكذا لو قال انت طالق وطالق وطالق وانما يفترق الحكم بين ذكر الواو وعدمه اذا كان في آخره شرطا واستثناء وقال فى الايضاح اذا قال انت طالق طالق ان دخلت الدار وهي غيرمدخول بها بانت بالاولى ولم تتعلق الثانية وان كان معطوفا نحو ان قال انت طالق وطالق ان دخلت الدار او تطلق ان دخلت الدار تعلقا جميعا بالدخول لان قوله انت طالق من حيث انه جزء كلام قاصر يحتاج الى ذكر الشرط ليتم الكلام بمعناه فيتوقف الاول والثاني على ذكر الشرط فيتعلقان دفعة واحدة واذا لم يوجد حرف العطف فالثاني صار فاصلا بين الاول وبين ما ذكر من الشرط بعده فكان تنجيزا وكذا لو قال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة وعند مالك رحمه الله تطلق ثلثا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع كما اذا قال انت طالق واحدة ونصفا وانت طالق احدا وعشرين فان فى الاولى تقع ثنتان وفى الثانية تقع ثلث وعند زفر رحمه الله تقع واحدة لان المراد من نصف التطليق كلها فكانه قال انت طالق واحدة وواحدة ولكنا نقول هذا كله كلام واحد معنى لانه لايمكنه ان يعبر عن واحدة ونصف بعبارة اوجز من هذا وكذا قوله انت طالق احد وعشرين وان قال احد عشر تطلق ثلثا بالاجماع لانه ليس بينهما حرف العطف فكان الكل واحدا كذا فى المبسوط فان قيل الواو العاطفة لمطلق الجمع عندنا فحينئذ يجب ان يتوقف اول الكلام على آخره في قوله انت طالق واحدة وواحدة ليتحقق الجمع قلنا لو توقف لصار للقران ولم يوضع للقران فان قيل لو لم يتوقف يصير للترتيب وهو ايضا ليس من مذهبنا قلنا الواو لم يوضع للقران والترتيب ولكن لمطلق الجمع الا انه وقع الطلاق بالاول لوجود الايقاع وعدم المانع فلم يبق محلا للثانية٭

قوله وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى اي هذه المسائل الثلث وهو قوله

من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اوبعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق فى الماضي ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلاتقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى فلاتقع الثانية ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها فى الماضي وايقاع الاولى فى الحال غير ان الايقاع فى الماضي ايقاع فى الحال ايضا فتقترنان فتقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة فى الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة اومعها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في قوله معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة

انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لوماتت قبل قوله ثنتين اوماتت قبل قوله ثلثا يوافق ما دلها وهو قوله ما ذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن،

قوله من حيث المعنى اي من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف بينهما لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهنا ك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته وقع الثلث لكون الواقع هو العدد وكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث فتعلقن الثلث اواخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه تقع واحدة بالاتفاق

قوله وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها وهذا الجواب مشكل في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكره محمد رحمة الله تعالى عليه في الزيادات الاترى الى قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والى قوله تعالى لنفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقال النبي صلى الله عليه وسلم خللوا اصابعكم قبل ان تتخللها نار جهنم وجوابه مذكور في اصول الجامع كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب يعني الجمع المطلق وان كان لا يتعرض للترتيب والقران بحسب الوضع ولكن ذلك الجمع لا يخلو عن احد هذين الامرين في الوجود والوقوع وعلى اعتبار ان يكون مرتبا في الوقوع لا يقع الا واحدة ولا تقع الثانية بالشك **قوله** كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال انت طالق واحدة وواحدة فانه تقع واحدة بالاتفاق والمعلق بالشرط كالملفوظ به عند وجود الشرط فلذلك اعتبر بالمنجز فان قيل اليس

لان الفاء للتعقيب وهو الاصح

انه لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت الدار طلقت ثلثا ولو نجز بهذا اللفظ قبل الدخول لم يقع الا واحدة فعلم ان الترتيب في التنجيز لا يدل على الترتيب في التعليق وهذا لان المنجز طلاق فتبين بالاولى قبل ذكر الثانية والمعلق ليس بطلاق وانما يصير طلاقا عند الشرط ولما صح تعلقه بالشرط ينزل عند وجوده جملة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على الترتيب قلنا لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني مقام الاول وقد صح ذلك في التعليق لبقاء المحل بعد ما تعلق الاول بالشرط فيتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالاولى والواو للعطف على تقرير الاول فتتعلق الثاني بالشرط بواسطة الاول ولما نجز بلا بل بانت بالاولى ولم يصح التكلم بالثنتين لفوات المحل ه

قوله لان الفاء للتعقيب ففي كلامه تنصيص على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالاولى لا الى عدة كما لو قال بثم وبعده بخلاف الواو ولو قال انت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلانا فعند ابي حنيفة رحمه الله ان كانت مدخولا بها تقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالكلام وان لم تكن مدخولا بها تقع واحدة في الحال ويلغو ما بقي فاذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الاول بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها والا تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث وعندهما تعلق الكل بالشرط قدم الشرط او اخر الا ان عند وجود الشرط تطلق ثلثا ان كانت موطوءة والا تطلق واحدة وهذا بناء على ان ثم للتراخي اتفاقا ولكنهم اختلفوا في اثر التراخي فقال ابو حنيفة رح وهو بمعنى الانقطاع كانه سكت ثم استانف بعد الاول اعتبارا بكمال التراخي وقالا التراخي راجع الى الوجود والحكم فاما في التكلم متصل ه

واما الضرب الثاني وهو الكنايات فلايقع بهاالطلاق الا بالنية اوبدلالةالحال لانهاغير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلأ بد من التعيين اودلالته ٭

قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بهاطلاق رجعي ولا يقع بهاالا واحدةوهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانهاتحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد

قوله واماالضرب الثاني هوالكنايات ذكرفي اول باب ايقاع الطلاق ان الطلاق على ضربين ضريح وكناية وقدم ذكرالصريح لانه الاصل في الكلام ثم شرع في الكناية ٭

قوله فيقتضي طلاقا سابقا لانه لما امرها بالاعتداد ولم يكن واجبا عليها قبل لا بد من تقديم ما يوجبه ليصح الامر به فقدم الطلاق عليه كانه قال طلقتك اوانت طالق فاعتدي ضرورة صحةالامر والضرورة ترتفع باثبات اصل الطلاق فلاحاجة الى اثبات وصف زائدوهوالبينونة فلذلك كان الواقع به رجعيا هذا بعدالدخول وقبل الدخول جعل مستعارا محضا عن الطلاق لانه سببه فاستعير الحكم لسببه ويجوز استعارة الحكم للسبب اذا كان مختصا به قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة اي اذا اردتم القيام اليها والافعال الاختيارية مخصوصة بالارادة السابقة وقال الله تعالى اني اراني اعصر خمرا اي عنبا والخمر مخصوصة بالعنب والاعتداد شرعا بطريق الاصالة انما هو في الطلاق واما في غيرالطلاق فبالعارض كالموت وحدوث حرمة المصاهرة وارتداد الزوج وغيرها ٭

لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضي او مضمر ولو كان مظهرا لاتقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله انت واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ رحمه الله وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب *

قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة وهذا مثل قوله انت بائن * وبتة * وبتلة * وحرام * وحبلك على غاربك * والحقي باهلك * وخلية * وبرية * ووهبتك لاهلك وسرحتك * وفارقتك * وامرك بيدك * واختاري وانت حرة * وتقنعي * وتخمري * واستبرئي * واغربي * واخرجي * واذهبي * وقومي وابتغي الازواج * لانها تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية *

قوله لانه تصريح بما هو المقصود منه لان المقصود من الاعتداد طلب براءة الرحم فقوله استبرئي رحمك اي تعرفي براءة رحمك فيحتمل ان يريد الزوج بهذا طلقتك او انت طالق فاستبرئي رحمك او يريد استبرئي رحمك لاطلقك فاذا نوى الاول كان بمنزلة اعتدي ونوى اعتداد الاقراء فيقع به الطلاق بعد الدخول اقتضاء وقبل الدخول يجعل مستعارا محضا عن الطلاق استعارة الحكم لسببه **قوله** لان قوله انت طالق فيها مقتضى اي في قوله اعتدي واستبرئي على ما ذكر **قوله** او مضمر اي في قوله انت واحدة فان تقديره انت طالق طلقة واحدة **قوله** ولا معتبر باعراب الواحدة قيل انما يقع الطلاق اذا قال واحدة

قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رضي الله تعالى عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام مايصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لاردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة ففي حالة الرضاء لايكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ولايصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهران مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيمايصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد اوالسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق

بالنصب حتى يكون نعتا لمصدر محذوف اما اذا قال واحدة بالرفع لايقع شيء وان نوى وان لم يعرب واحدة يحتاج الى النية وقال عامة مشائخنا رحمهم الله تعالى الكل على الاختلاف لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب فلايجوز بناء حكم يرجع الى العامة على هذا وهو الصحيح ٭ **قوله** سوى بين هذه الالفاظ اي القدوري رحمه الله **قوله** والقول قوله في انكار النية لما قلنا وهو لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية وما يصلح جوابا لاردا ثمانية الفاظ خلية ٭ برية ٭ بائن ٭ بتة ٭ حرام ٭ اعتدي ٭ امرك بيدك ٭ اختاري ٭ ولكن الخمسة الاول تصلح للجواب وتصلح للسب ولكن في عدم الصلاحية للرد تشترك الثمانية لان الظاهران مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والقاضي مأمور باتباع الظاهر ويصدق فيما

وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله لاملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء فى الاهلية والمحلية

يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجي ٭ اذهبي ٭ اغربي ٭ قومي ٭ تقنعي ٭ استبرئي ٭ تخمري ٭ اما صلاحية هذه الالفاظ للرد ان يراد الزوج بقوله اخرجي اي اتركي سؤال الطلاق وكذلك اذهبي اغربي اذ اغربي من الغروب هو البعد قومي اي من طلب الطلاق تقنعي من القناعة او من القناع وهي الخمار ومعنى الردفيه هو ان ينوي اقنعي بما رزقك الله مني من امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق او اشتغلي بالتقنع الذي هو اهم لك من سؤال الطلاق اذ التقنع يزينك والتكشف يشينك وكذا قوله استبرئي وتخمري وهو المراد من قوله وما يجري هذا المجرى وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب احتمال الرد في السبعة المذكورة مثل اخرجي اذهبي واحتمال السب في الخمسة المذكورة التي في اوائل الثمانية وهي خلية برية بائن بتة حرام فقوله انت خلية نسبة الى الشراي خلية من الخير برية من حسن الخلق او افعال المسلمين بتة اي لا اصل لك او مقطوعة عن الخيرات بائن عن الخيرات حرام الصحبة او العشرة لسوء خلقك ٭

قوله وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه الى قوله يصدق في حالة الغضب الحق ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه خمسة الفاظ اخرى وهي خليت سبيلك ٭ وفارقتك ٭ ولا ملك لي عليك ٭ ولا سبيل لي عليك ٭ والحقي با هلك ٭ بتلك الخمسة المذكورة التي تحتمل السب لان فيها معنى السب ايضا فقوله لا ملك لي عليك اي لانك اقل

و الدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولايقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد

من ان املكك او انسبك الى نفسي بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك كراهة مني لصحبتك ولا التفت اليك بعد هذ السوء خلقك وفارقتك اي في المسكن لسوء خلقك والحقي باهلك بمعنى فارقتك ولما كان في هذه الالفاظ احتمال معنى السب لسوء الخلق وحالة الغضب تدل على ذلك كان منه ينافي القضاء اذا قال لم ارد الطلاق فالحاصل ان الفاظ الكناية عشرون في الكل يصدق قبل ذكر الطلاق وقبل الغضب فاما بعد ذكر الطلاق فينقسم على قسمين في سبعة منها يصدق قضاء كما يصدق في الكل قبل ذكر الطلاق وهي اخرجي واخواته وفي غير السبعة لايصدق بعد ذكر الطلاق وهي ثلثة عشر لفظا خلية برية بتة بائن حرام اعتدي اختاري امرك بيدك ويصدق في العشرة وهي الخمسة المذكورة في ظاهر الرواية والخمسة الملحقة بها برواية ابي يوسف رحمه الله والالحاق المروي عن ابي يوسف رح رواية الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي ورواية الايضاح واما رواية الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله ورواية الفوائد الظهيرية فالخمسة المروية عن ابي يوسف رحمه الله ملحقه بالالفاظ التي لا يدين الزوج في حالة الغضب ايضا كما لا يدين في حالة مذاكرة الطلاق وهي اعتدي اختاري امرك بيدك.

قوله والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها وهذا لانه لو اراد ان لا يقع في عهدتها بالرجعة بلا قصد ولا ينسد عليه باب التدارك بالنكاح لا يتمكن من ذلك الا باثبات البينونة الحقيقية لان في الغلظة ان لم يقع في عهدتها بالرجعة بلا قصد بان قبلته بشهوة ينسد عليه باب التدارك بالنكاح

وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط (اي شرط النية) تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولاتصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له

وهو يحتاج الى ان يتحقق له هذان الامران عدم الوقوع بالرجعة بلا قصد وعدم انسداد باب التدارك ولا ذلك الا بثبوت الواحدة البائنة وكان القياس في الصريح هكذا الا ان الرجعة بعده ثبتت نصا بخلاف القياس وما ثبت بخلاف القياس نصا لايلحق به ماليس في معناه من كل وجه وهذه ليست في معناه لان تأثير هذه الالفاظ في المحل اكثر

قوله وليست بكنايات على التحقيق جواب عن قول الشافعي رحمه الله لانها كنايات عن الطلاق **قوله** والشرط تعيين احد نوعي البينونة المراد من نوعي البينونة هنا البينونة عن النكاح وعن غيره لا البينونة من النكاح خفيفة وغليظة هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله انه يشترط نية الطلاق ولولا ان الواقع طلاق لما احتيج الى نية الطلاق او هو جواب لسؤال يرد على قولنا وليست كنايات وهو انها لولم يكن كنايات لما احتيج الى النية فقال شرطت النية لتعيين احد انواع البينونة لما تزاحمت جهات البينونة **قوله** وقد بيناه من قبل اشارة الى قوله في اوائل باب ايقاع الطلاق ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا الى آخره وقوله انما تصح نية الثلث جواب سؤال ايضا وهو ان لفظ البائن لوكان

وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع

عاملا بنفسه لما صح نية الثلث عندكم كما لا تصح نية الثلث في قوله انت طالق عندكم لانه عامل بنفسه قلنا صح نية الثلث لتنوع البينونة الى خفيفة وغليظة ه

قوله وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى وقوع الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية اي قضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كما اذا قال نويت بالكل تطليقة واحدة فهي كذلك فيما بينه وبين الله تعالى واما في القضاء فهي ثلث لانه لما نوى الطلاق بهن صار كانه قال انت طالق انت طالق انت طالق ولو قال ذلك وقال عنيت به التكرار صدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لان التكرار يدخل في الكلام فكان محتمل كلامه ولكنه بخلاف الظاهر لانه لا يفيد والقاضي مأمور باتباع الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء فان قيل ينبغي ان لا يقع في قوله لم انو بالباقي شيئا لان الكلام متى امكن حمله على الحقيقة لا يجوز حمله على المجاز وان كانت الحقيقة على خلاف العادة لما عرف في مسئلة لا اشرب الماء ونوى شرب جميع المياه لا يحنث ابدا وهنا امكن حمله على الحقيقة لوجوب العدة فالظاهر ارادتها فاولى ان لا يقع قلنا لما اراد بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فيتبادر الذهن الى الطلاق فيقع بالثانية والثالثة ايضا وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله والامام قاضيخان رحمه الله هذه المسئلة على اثنى عشر وجها احدها ان يقول

اليمين لانه امين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول الامين مع اليمين والله اعلم بالصواب ٭

لم انو الطلاق بشيء منها وفي هذا كان القول قوله كما لو ذكر ذلك مرة والثاني ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم انو بالباقيتين شيئا اويقول نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا اويقول نويت بالكلمات كلها الطلاق ففي هذه الوجوه تطلق ثلثا لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا نوى اولم ينو لان الاولى رجعي فيلحقه الباقي والخامس واذا قال نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض فهو مدين فى القضاء لما ذكر فى الكتاب والسادس ان يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهو مدين ايضا فى القضاء وتطلق ثنتين لما قلنا والسابع ان يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثالثة الحيض ولم انو بالثانية شيئا وقال نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم انو بالثالثة شيئا فانها تطلق ثنتين في هذين الوجهين لانه لما صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكل لفظ لم ينو فيه شيئا فهو طلاق وان قال لم انو بالاولى والثانية شيئا وعنيت بالثالثة الطلاق فانه طلاق واحد لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى والثانية فلا يقع بهما شيء وانما يقع بالثالثة لاجل النية وكذا لو قال لم انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهي واحدة والحادي عشر هو ان يقول لم انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا فهي ثنتان لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى ولا يقع بها شيء والثانية صارت طلاقا بالنية والثالثة ذكرت في حال مذاكرة الطلاق فصار طلاقا والثاني عشر اذا قال اعتدي ثلثا وقال نويت بالثلث ثلث حيض فهو كما قال فى القضاء اما نية الطلاق في قوله اعتدي صحيح لما قلنا ويلزمها الاعتداد بثلث حيض فكان الظاهر شاهدا فيما نوى ونصب الثلث دل على ذلك كانه قال بثلث حيض والله اعلم بالصواب

باب تفويض الطلاق
فصل في الاختيار

واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق اوقال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ماد امت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

قوله لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم قالوا في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار ما دام في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها **قوله** ولانه تمليك الفعل منها فان قيل ينبغي ان لا يبقى للزوج ولاية التطليق بعد التمليك كما في تمليك الاعيان قلنا هذا الملك ثابت بطريق الضرورة اذ من المحال ان يقوم ملك التطليق القائم بالرجل بعينه بالمرأة بل يقوم بها مثل ما قام به فصار بمنزلة التوكيل حيث تبقى الولاية للموكل وكان القياس ان يبقى بعد المجلس الا انه اقتصر على المجلس لما ذكرنا من اجماع الصحابة رضي الله عنهم على انا نقول التضايق انما يكون في الاعيان المحسوسة فان العين المحسوسة اذا كان كله مملوكا لاحد استحال الملك فيه لغيره فيلزم من ثبوت الملك للموهوب له انقطاع ملك الواهب فاما لا تضايق في الولايات الشرعية الا ترى ان الاخوين يثبت لكل واحد منهما ولاية تزويج اختهما كملا ء

والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة لان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لابد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لايقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لايملك الايقاع بهذه اللفظة فلايملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن •

قوله والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس وانما كان كذلك دفعا لضرر الملك وهذا لان الزوج انما خيرها لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه وكذا البائع يتضرر بخيار القبول بعد مرور الايام اذ البائع لايطلب مشتريا آخر اعتمادا على قبوله **قوله** لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لايقع شيء **قوله** ثم الواقع بها بائن وهو قول علي رضي الله تعالى عنه وعلى قول عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما واحدة رجعية وعلى قول زيد رحمه الله اذا اختارت نفسها فثلث فكانه حمل هذا على اتم ما يكون من الاختيار وعمر وابن مسعود حملاه على ادنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ولكنا نأخذ في هذا بقول علي رضي الله تعالى عنه كذا في المبسوط •

ولايكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع ولابد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد و الانفراد

قوله ولايكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع لا نه ينبئ عن الخلوص والصفوة وذلك لا يتنوع لان الصفوة اذا حصلت لها بالاختصاص بنفسها فبعد ذلك لا يزداد هي بانضمام شيء آخر به ولان الاختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص وثبوت البينونة فيه مقتضى ثبوت الخلوص والصفوة فلم يصح فيه نية العموم ولانه انما صار طلاقا باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا خلاف في الواحدة فثبتت بخلاف الابانة لان البينونة تتنوع الى غليظة و خفيفة وبخلاف الامر باليد فان الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد الاشياء كلها وبخلاف قوله طلقي نفسك فانه مختصر قوله افعلي فعل التطليق وكان هو محتملا للعموم والخصوص فاذا نوى الثلث فقد نوى العموم فيصح **قوله** ولابد من ذكر النفس اي نفس المرأة او ما يقوم مقام ذكر النفس من التطليق او الاختيارة او ما يكون كناية عن ذلك في كلامه او كلامها بان قال لها الزوج اختاري نفسك او قال لها اختاري اختيارة وقالت اخترت ابي او امي او اهلي او الازواج وكان القياس في قولها اخترت ابي او امي ان لا يقع شيء لانه لم يوجد في لفظهما ما يدل على اختيار البينونة لكنا نستحسن فنوقع لان الزوج لو قال لها الحقي باهلك ونوى الطلاق يكون طلاقا فكذلك اختيارها الانضمام الى هم اختيار للبينونة كذا في الايضاح

لان اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار وعليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه ٭

قوله لان اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بطلقة ويتعدد اخرى بان قال لها طلقي نفسك بما شئت او اختاري نفسك بثلث تطليقات والتفرد والتعدد من خواص الطلاق اما اختيارها زوجها فانه لا يتعدد لانه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد **قوله** وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها وهو ما روي لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها الاية بدأ رسول الله بعائشة رضي الله تعالى عنها فقال لها

كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولوقالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة نصا فصارت كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلث فمع التأكيد اولى ولوقالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة

اني مخبرك فلا تعجلي حتى تستأمري ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت اني هذا استأمر ابوي لا بل اختار الله ورسوله وجعل رسول الله عليه الصلوة والسلام هذا الكلام منها ايجابا بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة لانه لا حال ههنا حتى يحمل الكلام عليه من قبل ان الايقاع باللسان دون القلب فلم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه *

قوله كالمجتمع في المكان فالقوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخرا فاذا لغا ذلك بقي قولها اخترت ولان الاولى والوسطى كما تصلح نعتا للتطليقة تصلح نعتا للاختيارة الحاصلة منها ولواقتصرت على قولها اخترت كان جوابا للكل فلا يتغير ذلك بكلام محتمل بخلاف مالواختارت التطليقة لان التطليقة لا تتناول الثلث فاذا لغا ذلك في حق الاصل وهو الترتيب لغا في حق البناء وهو الافراد بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلث فان قيل فاذا لغا في حق الترتيب بعدم امكانه فلم يلغو في حق الافراد وهو ممكن قلنا الكلام وضع للترتيب والافراد ثبت ضمنا وضرورة فمتى لغا الاصل لغا ما في ضمنه ضرورة فان قيل فينبغي ان لا يقع شيء لانه لما لغا ذكر الترتيب بقي قولها اخترت و بهذا اللفظ لا يقع الطلاق الم تقل اخترت نفسي قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل

فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك بيدك في تطليقة اواختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار ولكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة والله تعالى اعلم بالصواب●

على تخصيص الطلاق وهنا في لفظه مايدل على ذلك وهوقوله اختاري ثلث مرات وقيل لا بدمن ذكرالنفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب ●

قوله فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة ومثله في بعض نسخ الجامع الصغيرالصواب انه لا يملك الرجعة وهكذاذكر في الجامع الكبير لان الاعتبار لجانب التفويض الاترى انه لوامرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة اوامرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ماامر به الزوج **قوله** وان قال لها امرك بيدك في تطليقة اواختاري تطليقة فاختارت نفسها اي قالت اخترت نفسي فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة فان قيل قوله امرك بيدك اواختاري يفيد البينونة فلا يجوز صرفها عنه الى غيرها قلنا لما قرنه بالصريح علم انه اراد به الرجعي كما لوقرن الصريح بالبائن بان قال انت طالق بائن فانه يتبين به ان اراد به البائن فان قيل لوكان جعل لها الاختيار بتطليقة كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقدذكرنا ان قولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك قلنا آخر كلامه لما صار مفسرا للاول كان العامل هوالمفسر والمفسرهوالامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا لذلك كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله في الجامع الصغيروالله تعالى اعلم بالصواب ●

فصل في الامر باليد

وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة و في الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص و نية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل

فصل في الامر باليد

قوله وهو في الاولى الاختيارة وهو قولها قد اخترت نفسي بواحدة وفي الثانية التطليقة وهو قولها قد طلقت نفسي بواحدة وانما كان كذلك لان الواحدة صفة فلابد لها من موصوف وهو محذوف فوجب اثبات ذلك على حسب مايدل عليه المذكور السابق والمذكور السابق في الاولى قولها اخترت فيجب اثبات الاختيارة التي تدل عليها اخترت وفي الثانية طلقت فيجب اثبات التطليقة ولا يجوز ان يكون الموصوف المرة على معنى طلقت نفسي مرة واحدة لانه لا دليل عليه فان قيل يدل عليه قوله امرك بيدك اذ هو التفويض العام قلنا اثبات التطليقة اولى لكونها متيقنا بها **قوله** لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها اي الزوج ملكها امرها بقوله امرك بيدك ولا تملك امرها الا اذا فوض اليها البائن فصيرا لتفويض في البائن ضرورة

ولوقال لها امرك بيدك اليوم وبعدغدلم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امرذلك اليوم وكان الامربيدها بعدغد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يناوله الا مراذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لايرتد الآخر وقال زفر رحمه الله هما امرواحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامرباليد يحتمله فتوقت الامربالاول وجعل الثاني امرامبتدأ

ولوقال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امرواحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا

قوله ولوقال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وقوله بعد ذلك اذ اذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل تعليل لقوله لم يدخل فيه الليل ولما كان بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر علم انه ليس المراد بذكر الوقت الثاني امتداد الامر الاول فاقتضى ضرورة ايجاب امر آخر فاما اذا قال وغدا فاحد الوقتين متصل بالوقت الآخر فكان ذكر الغد لامتداد حكم الامر اليه فلا يثبت به الامر الآخر اذ لاضرورة فيه وقوله وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع يريد به ان يتخلل الليلة لايجعلهما مدتين لان القوم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل ولا تنقطع مشورتهم ومجلسهم وقال زفر رحمه الله اذا قال امرك بيدك اليوم وبعد غد فانه امرواحد كما اذا قال انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الامرباليد يحتمل التوقيت فتوقت الامرالاول بالوقت الاول وجعل الثاني امرامبتدأ لانه يتخلل بينهما ماليس

لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين شيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ماتقدم *

بوقت للامر فبرد الاول لا يرتد الثاني والطلاق لا يحتمل التوقيت وجاز ان يكون في اليوم وبعد غد بطلاق واحد فلا يحتاج الى طلاق آخر *

قوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع اي ليس للمرأة ان تقول لا اقبل الامر باليد فيكون الامر في يدها من غير قبول منها فلا يرتد بردها كما انه ليس لها ان تقول لا اقبل ايقاع الطلاق بل يقع عليها من غير قبولها فلا يرتد بردها جعل ردها الامر في اليوم بمنزلة قيامها عن المجلس او اشتغالها بعمل آخر وجه ظاهر الرواية ان الوقت المذكور ههنا بمنزلة المجلس في قوله امرك بيدك مطلقا وهناك لو اختارت زوجها خرج الامر من يدها وان بقي المجلس فههنا اذا اختارت زوجها تخرج الامر من يدها ايضا وهذا لان لها الخيار بين ان تختار نفسها بايقاع الطلاق وبين ان تختار زوجها برد الامر ولو اختارت نفسها طلقت ولم يبق لها خيار في الغد فكذلك اذا اختارت زوجها لا يبقى لها الخيار في الغد وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران حتى اذا اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد لها ان تختار نفسها جعل شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه هذه الرواية صحيحة *

وان قال امرک بیدک یوم یقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليک محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول

قوله وان قال امرک بیدک یوم یقدم فلان وقد حققناه من قبل اي في فصل اضافة الطلاق **قوله** وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا التمليك فيه معنى التعليق فان قيل لما كان فيه من معنى التعليق ينبغي ان لا يعتبر مجلسها كما لا يعتبر مجلس الزوج وبالنظر الى معنى التمليک كان ينبغي ان لا يتوقت قلنا التمليک فيه معتبر بتمليک المنافع كالاجارة والعارية لا بتمليک الاعيان كالبيع والهبة فان الاجارة والعارية قابلة للتوقيت وان كانت للتمليک فكذا هنا ولما لم يكن في الامر المطلق توقيت يراعى وجوده اعتبرنا جانب التمليک فقلنا بالاقتصار على مجلس العلم واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان **قوله** بخلاف البيع حيث لا يتوقف فيه الايجاب على ما وراء المجلس ويعتبر مجلس البائع ويصح رجوعه قبل القبول لانه تمليک محض لا يشوبه التعليق

ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله مالم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبئة فتربعت قال رضي الله تعالى عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا

قوله ومرة بالاخذ في عمل آخر اي عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه لا نفس العمل حتى لو شربت ماء لا يبطل الامر لانها قد شربت لتتمكن من الكلام ففي حال المشاجرة والخصام قد يجف الفم فلا يقدر على الكلام مالم يشرب فلا يكون ذا دليل الاعراض وكذلك ان اكلت شيئا يسيرا من غير ان يدعوا بالطعام او لبست ثيابها من غير ان تقوم من ذلك المجلس او سبحت او قرأت آية او كانت في مكتوبة فاتمت او في تطوع فاتمت الشفع ولو شرعت في شفع آخر خرج الامر من يدها وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في الاربع قبل الظهر انها بمنزلة صلوة واحدة والوتر كالمكتوبة لان ذا عمل قليل بخلاف ما اذا دعيت بطعام فاكلت او نامت او امتشطت او اغتسلت او اختضبت او جامعها زوجها لاشتغالها بعمل آخر لا تحتاج اليه ولبس ذا من عمل الاختيار وكذا يعتبر مجلسها في قوله لها اختاري نفسك وفي قوله طلقي نفسك وانت طالق ان شئت وفي قوله لاجنبي امر امرأتي بيدك او قال لها طلقها اذا شئت او ان شئت او امر امرأتي بيدك في ان تخلعها وكذا في قوله

والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ولو قالت ادعوا ابي استشيره او شهود اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر والله تعالى اعلم بالصواب ٭

اعتق عبدي اذا شئت بخلاف الوكيل بالبيع اذا قبل له بعه ان شئت حيث لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق فلم يتقيد بالمجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي ضرتك لانه توكيل ولهذا يملك الرجوع عنه كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه ٭

قوله والاول هو الاصح لان الاتكاء استناد والاستناد اجمع للرأي ولان الاتكاء نوع جلسة فلا يتغير به ماهو الثابت للجالس **قوله** والسفينة بمنزلة البيت لا يبطل خيارها بسيرها لان سيرها غير مضاف الى راكبها قال الله تعالى وجرين بهم وهي تجري بهم بخلاف الدابة لان سيرها ووقوفها مضاف الى راكبها فان اوقفت الدابة واختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين فحينئذ يصح اختيارها لان دليل الاعراض انما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد وكذلك ان كان معها على تلك الدابة او كانا في محمل واحد وهكذا الجواب في البيع ان اتصل قبول المشتري بايجاب البائع من غير سكتة بينهما في هذا الفصل ينعقد البيع والا فلا كذا في المبسوط والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل فى المشية

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق وهو رجعي ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الاترى انه لو قال لامرأته ابنتك ينوي به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض فى الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة

فصل في المشية

قوله وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها لان قوله طلقي مختصر من افعلي فعل التطليق والمختصر من الكلام كالمطول وقد صحت نية الثلث في المطول فكذا في المختصر وهذا بخلاف قوله طلقتك لانه وان دل على المصدر لكنه في الاصل اخبار عن طلاق سابق فيقتضي طلاقا تصحيحا لاخباره والثابت اقتضاء ثابت بطريق الضرورة وما ثبت ضرورة لا يعدو موضعها والضرورة تندفع بطلاق واحد فلا يثبت الزائد كما في قوله انت طالق واما في قوله طلقي نفسك فامر بالتطليق وضعا لا ضرورة فيحتمل العموم لانه اسم جنس واسم الجنس يقع على الادنى ويحتمل الكل حتى اذا نوى الكل صح

وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا بالتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيه فيلغو وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يقع شيء بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت من مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

كما لو حلف ان لا يشرب الماء ولو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت وكذا لو قالت انا حرام او بائن او برية او بتة وقالوا لا يصح منها البائن على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى كما لو امرها بواحدة فطلقت ثلثا او ثلثا فطلقت الفا او نصف تطليقة او الفا فطلقت ثلثا لا يقع وان كانا في الحكم سواء لانه يعتبر اللفظ كذا في الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله ويمكن ان يقال هنا موافقة في الاصل فجعل جوابا وفي قوله طلقي نفسك نصف تطليقة مخالفة في الاصل اذ النصف الزائد اصل او اتت بغير ما فوض اليها لان المفوض اليها نصف الطلاق الذي يكون ساريا وفي الباقي مخالفة في الايجاب حين اتت بغير ما فوض اليها من الايجاب *

قوله وينبغي ان تقع تطليقة رجعية هذا شرح لا طلاق جواب محمد رحمة الله تعالى عليه وهو قوله طلقت فان محمدا رحمه الله لم يتعرض لوصف الابانة فكان رجعيا نظرا الى الاطلاق وهو المتيقن **قوله** بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق

وان قال لها طلقي نفسک متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسک لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشية فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية

قوله وان قال لها طلقي نفسک فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين الى قوله بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتک لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع فان قيل في قوله طلقي ضرتک معنى التعليق ايضا فكان ينبغي ان يقع لازما في جانبه ولا يقبل الرجوع قلنا لا يمكن اعتبار التعليق في ضمن الوكالة اذ الوكالة من العقود الجائزة فلو اعتبرنا التعليق فيه تبطل حقيقته فيؤدي الى ابطال ما في ضمنه والتمليك من العقود اللازمة فيلايم التعليق فاعتبر قوله **قوله** وانه استعانة فلا يلزم اي في جانب الزوج ولا يقتصر على المجلس اي في جانب الوكيل وهذا لانه امر بايقاع الطلاق والامر لا يقتضي الايتمار على الفور اعتبارا باوامر الشرع وبسائر الوكالات ويقبل الرجوع لئلا يعود على موضوعه بالنقض وهذا لانه انما استعان بغيره في حاجته لكون التصرف له لا عليه فلو الزمناه فربما تزول حاجته فيصير التصرف عليه فيتضرر به ولان الوكيل يعمل للموكل وفي لحوق المنة ضرر فله ان يرجع **قوله** قال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء هو قوله لرجل طلق امرأتي

والمالك هو الذي ينصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق

قوله والمالك هو الذي ينصرف عن مشيته فان قيل لو قال لاجنبي طلق امرأتي كان الوكيل متصرفا ايضا عن مشية واختيار فلم لايكون تمليكا قلنا انما نشأ ذلك الاختيار والمشية من عدم نفاذ التزام الامر عليه لعدم الولاية لامن الصيغة فان الصيغة ملزمة اذا صدرت من ذي ولاية ولما قال للاجنبي ان شئت فالمشية جاءت من الصيغة صريحا واثبتت خاصية المالكية فكان هذا الكلام للتمليك لاللالزام الا ترى ان الله تعالى لو قال اعملوا كذا ان شئتم لم يكن الزاما وكان تمليكا بخلاف المشية الثابتة للوكيل في عدم نفاذ ولاية الزام الامر وكلامنا في المشية المستفادة من الصيغة والحاصل ان المشية نوعان نوع يذكر ويراد به الاختيار في الفعل بمعنى نفي الغلبة ورفع الاضطرار والوكيل موصوف بهذه المشية والنوع الثاني الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم تفعل بمعنى ان شئت اثرت الفعل على الترك او ترك الفعل والايثار ينبئ عن استحسان الفعل والتحصيل له لزيادة رغبة فيه وانه لحسنة وانه معنى آخر وراء المشية بمعنى نفي الغلبة والوكيل غير موصوف بالمشية بهذا الاعتبار لان الموكل هو الذي يؤثر الفعل والترك والموجود من الموكل في حق الوكيل ليس الا استعارة اللسان وتحصل العبارة باختياره من غير تحصيل النظر في مصلحة الفعل وتركه فاذا فوض الامر الى غيره وقطع تدبيره ورأيه في مصلحة الامر وتركه وهذا صفة المالك لاصفة الوكيل فكان قوله ان شئت تمليكا لاتوكيلا فتبين بهذا ان التصريح بالمشية ليس كعدمه فان التصرف بذكر المشية صار تمليكا بعد ان كان توكيلا وانها غير محمولة على نفي الاضطرار بل على المعنى الثاني وهو الذي توجها الزوج وبنيتها صيانة لتصرف العاقل عن الالغاء اذا حملت على نفي الاضطرار لم يفد الا ما افاده السكوت عن ذكر المشية وفيه الغاء تصرف العاقل

بخلاف البيع لانه لا يحتمله ولو قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شئ عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدأة مجيبة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما هنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية ؞

وهذا بخلاف البيع لان تمليك الطلاق فيه معنى اليمين لان فيه تعليق الطلاق بالتطليق وفي قوله طلقيها ان شئت تمليك فيه تعليق الطلاق بالمشية و الطلاق يحتمل ذلك والبيع مما لا يحتمل التعليق بالشرط فلغو ذكر المشية فيه ؞

قوله بخلاف البيع لانه لا يحتمله فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل قابل للتعليق قلنا اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قوله** والثلث غير الواحدة وهذا لان الثلث غير الواحدة لفظا وكذا حكما لثبوت الحرمة الغليظة بالثلث دون الواحدة وكذا اختلفا في وقت الوقوع لان وقت وقوع الواحدة بعد الفراغ عن قوله طلقت و وقت وقوع الثلث بعد

لانها اتت بالاصل و زيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة للمفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف

الفراغ عن قوله ثلثا فاذا ثبتت المغايرة بينهما في اللفظ والحكم ووقت الوقوع يكون معرضة عما فوض اليها فيلغو فصار الاصل في هذا ان المرأة تصلح ان تكون مجيبة للزوج بما في ضمن كلامه ولا تصلح ان تكون مجيبة بما في ضمن كلامها لان المتضمن يثبت على حسب المتضمن فاذا كانت مبتدئة في المتضمن لم تصلح مجيبة فيما في ضمنه وهذا لان الواحدة من الثلث قائم بهذه الجملة فاذا لم تثبت الجملة لا يثبت ما يقوم بها لان المتضمن متى لم يثبت كيف يثبت المتضمن كمن شهد انه قال لامرأته انت خلية وشهد آخر انه قال انت برية في حال مذاكرة الطلاق لا يقضي بشيء لان المتضمن لم يثبت فبطل طلب الموافقة في المضمون وهذا بخلاف ما اذا طلق الزوج الفا لانه يتصرف بحكم الملك فصح تصرفه فيما يملك ولغا فيما لا يملك الا ترى ان الزوج اذا طلق امرأته على غير وجه السنة يقع لانه بحكم الملك ولو قال لها طلقي نفسك للسنة فطلقت لا على وجه السنة لا يقع لانها ملكت بالتفويض فتملك بقدر ما فوض اليها

قوله لانها اتت بالاصل وهو قولها طلقت نفسي و زيادة وصف وهو قولها واحدة بائنة فان قيل اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا بقولها طلقت نفسي ثلثا وافقته في قولها طلقت نفسي حتى لو اقتصرت عليه تكون ممتثلة وانما خالفته في قولها ثلثا فكان ينبغي ان يلغى الثلث وتكون ممتثلة في ايقاع الواحدة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه قلنا الطلاق متى قرن بالعدد

فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا او رجعيا وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت وطلقت واحدة فلم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت وطلقت ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان مشية الثلث ليست بمشية للواحدة كايقاعها وقالا تقع واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بمالا يعنيها فخرج الامر من يدها ٭

فالوقوع بالعدد لا بلفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا وكذا لو ماتت قبل قوله ثلثا لايقع الطلاق فاذا كانت مبتدئة في كلمة الايقاع لم يقع عليها شيء بدون اجازته وبه فارق صفة البينونة لان قولها ابنت نفسي معناه طلقت نفسي تطليقة بائنة واصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسي لا بذكر صفة البينونة وهي في ذلك ممتثلة امره ٭

قوله فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا وهذا لان الزوج فوض اليها ذات الطلاق مع الوصف وانها اتت بذات مافوض اليها وخالفت في الوصف فصارت موافقة في الاصل مخالفة في الوصف ولا يجوز ابطال الاصل للوصف فيقع الاصل ويستتبع الوصف الذي ذكر الزوج بصفة انها لو اقتصرت على قولها طلقت في المسئلتين يصلح جوابا للزوج في وقوع ما امر به الزوج وقولها بائنة او رجعية زائدة فيلغو بخلاف المسئلة المتقدمة فانها بايقاع الثلث لم تأت بعين مافوض اليها على ما ذكرنا فلا يصلح ان تكون مجيبة

ولايقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لاتعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدء اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا الامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان المأتي به مشية معلقة فلا يقع الطلاق و بطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت

قوله ولايقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق فان قيل ينبغي ان يقع لانه مسبوق بذكر الطلاق فصار كانه قال شئت طلاقك فيقع قلنا الكلام المبهم انما ينبئ على ما سبق اذا ما اعتبر السابق والسابق هنا غير معتبر لا شتغالها بما لا يعنيها حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ لان المشية ينبئ عن الوجود فمعنى قوله شئت ذاك حصلته وتحصيل الطلاق با يقاعه الا انه لابد من النية لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد وجوده ملكا فلايقع الطلاق بالشك بخلاف قوله اردت طلاقك لان الارادة لغة عبارة من الطلب قال عليه السلام الحمى زائد الموت اي طالبه وفي المثل السائر الزائد لايكذب اهله اي طالب الكلا وليس من ضرورة الطلب الوجود فان قيل اليس ان الارادة والمشية سيان عند اهل السنة قلنا جاز ان يكون بينهما تفرقة نظرا الينا وتسوية نظرا الى ربنا لان ما شاءه او طلبه يكون لامحالة بخلاف العباد وذكر في المحيط واذا قال لها شئت طلاقك ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه يقع الطلاق ولم يشترط نية الايقاع وفي المبسوط رجل قال لامرأته شائي الطلاق ينوي به الطلاق فقالت قد شئت فهي طالق وان لم يكن له نية فليست بطالق لما بينا ان مشيتها من عمل قلبها كاختارها فهذا بمنزلة قوله اختاري الطلاق فقالت قد اخترت

لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت اومتى شئت اومتى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة فى الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا تقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق فى الوقت الذي شاء ت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الاواحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهى ومتى سواء عندهما وعندابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت

وهناك ان نوى الزوج الايقاع يقع فكذلك ههنا فان قال احبي الطلاق ا واريدي الطلاق او اهوي الطلاق فقالت قدفعلت كان باطلا وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحبة والهوى من العباد نوع تمن فكانه قال لها تمنى الطلاق فقالت تمنيت لايقع •

قوله لان التعليق بشرط كائن تنجيز اي بشرط ثابت موجود كما اذا قال امرأتي طالق ان كان زيد فى الدار والحال انه في الدار يقع الطلاق فان قيل لوكان التعليق بشرط كائن تنجيزا لكان تنجيزا فيما اذا قال الرجل هو يهودي ان كنت فعلت كذا امس وهو يعلم انه قدكان فعله ولوكان تنجيز الوجب تكفيره ولم يجب قلنا قال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمة الله تعالى عليه اختلف المشايخ في هذه المسئلة فيمنع ولئن سلمنا فنقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل فى المستقبل فكذا اذاحصل التعليق بفعل فى الماضي تحاميا عن تكفير المسلم

لكن الا مرصار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مرمن قبل ولوقال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرارالا فعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لوعادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لاعموم الاجتماع فلاتملك الايقاع جملة وجمعا ولوقال لها انت طالق حيث شئت اواين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلامشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغوويبقى ذكرمطلق المشية فيقتصر على المجلس

قوله لكن الا مرصاربيدها فلا يخرج بالشك يعني لونظرنا الى كونه للشرط يخرج الامرمن يدها بالقيام عن المجلس ولونظرنا الى كونه للوقت لايخرج والامر كان في يدها فلا يخرج بالشك فان قيل وجب ان يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحا للرد قلنا انما يحمل على الشرط اذا كان الردصادرا ممن كان التعليق صادرا منه وهذ الان ارادة الشرط يختص بمن كان التعليق مختصا به دون من كان الرد مختصا به فلذلك لم يحمل على الشرط تصحيحا للرد كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** والطلاق لاتعلق له بالمكان فيلغو فان قيل اذالغا ذكر المكان يبقى قوله انت طالق ان شئت فينبغي ان يقع ولايبطل بالقيام عن المجلس يدل عليه مالوقال لها انت طالق دخلت الدار يقع الساعة قلنا نحملها على الشرط لتأخير بين الظرف والشرط لان كل واحد منهما يفيد ضربا من التأخير فحملا عليه مجازا عن حرف شرط فان قيل اذا جعل مجازا عن حرف الشرط فلم يجعل مجازا عن حرف ان حتى يبطل بالقيام عن المجلس ولا يجعل مجازا عن اذا

بخلاف الزمان لان له تعلقابه حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة معناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة اوثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة اوعلى القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيماقالوا اجريا على موجب التخيير قال رضي الله تعالى عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا تقع مالم توقع المرأة فتشاء رجعية اوبائنة اوثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال

ومتى حتى لا يبطل بالقيام قلنا جعلها مجازا عن حرف ان اولى لانها اصل في الشرط خالص له ومعنى الشرط هو الجامع فجعل مجازا لما هو اصل في الشرط دون اذا ومتى لانهما لا يتمحضان للشرط ه

قوله بخلاف الزمان لان له تعلقا به لان الطلاق لو وقع يقع في زمان دون زمان واما اذا وقع في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فلا يكون له تعلق بالمكان لانه لا فائدة في تعلقه بالمكان لعدم اختصاصه بالمكان والتعليق بالشي لبيان الاختصاص به كما في الافعال فوجب اعتباره خصوصا كما في انت طالق ان شئت وعموما كما في انت طالق متى شئت **قوله** وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها حتى لوشاءت ثلثا اوواحدة بائنة ولم ينوا لزوج وقع ما اوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصلين اما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فلانه اقامها مقام نفسه في اثبات الوصف والزوج متى اوقع رجعيا يملك ان يجعله بائنا وثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله

كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه

فكذا المرأة تملك ان تجعل ماوقع بائنا وثلثا لان الزوج اقامها مقام نفسه في اثبات الوصف واما عندهما فكذا يملك ايقاع البائن والثلث فانه تفويض اصل الطلاق اليها على اي وصف شاءت وعلى هذا الخلاف لو قال انت حر كيف شئت يعتق عنده في الحال وعندهما يتوقف على المشية والحاصل ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيتها عنده وانما يتعلق صفته وعندهما يتعلق اصل الطلاق ووصفه بمشيتها لهما ان هذا تفويض الطلاق اليها على اي وصف شاءت وانما يكون كذلك اذا تعلق اصل الطلاق بمشيتها اما اذا لم يتعلق لا يقع كيف شاءت بل يقع على خلاف ماشاءت لانه يقع رجعيا وما شاءت ان يكون رجعيا وهذا لان كيف للاستيصاف عن الشيء فاذا اضافها الى المشية المضافة الى الطلاق فقد علق جميع اوصاف الطلاق بالمشية ولن يصير جميع الاوصاف معلقا بالمشية الا بعد ان يصير اصل الطلاق معلقا بها لانه متى وقع اصل الطلاق في الحال لا بد وان يستصحب بعض اوصافه لاستحالة وجود اصل الطلاق في الواقع بدون الوصف ولانه لو لم يتعلق اصل الطلاق للغا قوله كيف شئت في غير المدخول بها لانها لا تشتغل باثبات الوصف بعده وله ان كيف للاستيصاف وذا لا يتصور الا بعد وجود اصله الا ترى الى قول القائل يقول

خليلي كيف صبرك بعدنا فقلت وهل صبر فتسأل عن كيف

فاذا كان الاستيصاف يستدعي وجود الموصوف يقع اصل الطلاق قبل المشية قضية للاستيصاف لكن يثبت ادنى اوصافه ضرورة ان اصله لا ينفك عن وصفه ويتعلق ما وراه بالمشية وهذا لان قوله انت طالق ايقاع فلو ثبت التعليق بمشيتها انما ثبت ضرورة التخيير واذا دخل في الوصف لا في الذات وهذه اوصاف تنفك عن الذات فلم يكن من ضرورة تعلقها بالمشية تعلق الذات بها وما قاله اولى لان اثبات الموصوف وان كان فيه تخصيص

وان قال لها انت طالق كم شئت او ماشئت طلقت نفسها ماشاءت لانهما تستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شئت ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم

بعض الاوصاف عن التعليق ليصح الاستيصاف اولى من تعلق اصل الطلاق بالمشية وتعميم الاوصاف وفيه ابطال الاستيصاف لان الكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل ٭

قوله وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ماشاءت وذكر في اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا لم يقم عن مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان يطلق نفسها ثلثا والزوج لايسعه ان يطلقها ثلثا قلنا قد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها في التخيير واحتمل ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشية العدد لا مشية الاباحة يريد انها تقدر عليه كما يقال في عبد بين اثنين دبر احدهما نصيبه ان الآخر بالخيار ان شاء دبر نصيبه وان شاء تركه على حاله وان شاء اعتقه وقد علمنا انه لايباح له اعتاق نصيبه وانما عني به مشية القدرة لانه لو اعتق نصيبه ضمن الآخر قيمة نصيبه مدبرا وذكر في الفوائد الظهيرية في المسئلة التي تليها ان المرأة اذا طلقت نفسها ثلثا على قولهما او ثنتين على قول ابي حنيفة رحمه الله لايكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو خرجت خرج الامر من يدها بخلاف ما اذا اوقع الزوج ٭

فعمل بهما و فيما استشهدابه ترک التبعيض بدلالة اظهار السماحة اولعموم الصفة وهي المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الايمان فى الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتک فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لاطلاق قبل النكاح ولنا ان هذه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلک اثره المنع وهوقائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي و الزهري وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار

قوله فعمل بهما اي بالتبعيض والعموم فان الثنتين عام بالنسبة الى الواحدة وبعض بالنسبة الى الثلث **قوله** بدلالة اظهار السماحة في قوله كل من طعامي ماشئت **قوله** اولعموم الصفة اي في قوله من نسائي من شاءت لانه وصفها بالمشية وهي عامة كما في قوله لااكلم الارجلا كوفيا لايحنث بالتكلم بجميع رجال كوفة والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الايمان فى الطلاق

قوله واذا اضاف الطلاق الى النكاح اي علق وقال الشافعي رح لايقع لقوله عليه السلام لاطلاق قبل النكاح روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امرأة وابى اولياؤها ان يزوجها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسئل عن ذلک رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لاطلاق قبل النكاح و المعنى فيه انه غير مالک جزاء الطلاق

فانت طالق وهذا بالا تعاق لان الملك قائم فى الحال والظاهر بقاه الى وقت وجود الشرط

فلا يملك تعليقها وهذا لان تأثير الشرط في تأخير الوقوع الى وجوده ومنع ما لولاه لكان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغوا لا طلاقا ولان الطلاق يستدعي اهلية في الموقع وملكا في المحل ثم قبل الاهلية لا يصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كالصبي اذا قال لامرأته اذا بلغت فانت طالق فكذلك قبل ملك المحل لا يصح مضافا وبهذا تبين انه تصرف يختص بالملك فايجابه قبل الملك يكون لغوا كالبياع الطير في الهواء ثم اخذه قبل قبول المشتري ولنا ان التعليق بالشرط يمين فلا يتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله وهذا لان اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه حملا اومنعا والملك في المحل شرط الطلاق والمحلوف به ليس بطلاق وانما يكون طلاقا بالوصول الى المرأة وما دام يمينا لم يلاق المرأة وانما يعدى حكمه الى المحل عند ارتفاع اليمين لوجود الشرط فشرط الملك في المحل حينئذ وهو ثابت ولكن المحلوف به ما سيصير طلاقا عند الشرط بوصوله اليها وهذا كالرمي فان عينه ليس بقتل والترس ليس مانعا ما هو قبل ولا مؤخر اله بل هو مانع ما سيصير قتلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعا من الوصول الى المحل ولا يكون التصرف معتبرا الا بركنه ومحله لا يكون طلاقا قبل الوصول الى محله فاذا وجد الشرط صار طلاقا لوصوله الى محله وبه فارق ما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فان المحلوف به هناك غير موجود ولا تيقن لوجوده عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق ولا هو مالك لطلاقها في الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط اما ههنا فيتيقن بوجود المحلوف به لان التزوج سبب لملك الطلاق ولو كان المحلوف به موجودا بطريق الظاهر بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق انعقدت اليمين وان كان من الجائز ان يكون دخولها بعد زوال الملك

فصح يميناوايقاعا ولاتصح اضافة الطلاق الاان يكون الحالف مالكااويضيفه الى ملكه لان الجزاء لابدان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهوالقوة

فاذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط اولى ان ينعقد اليمين وبان كان لا يملك التنجيزلا يدل على انه لا يملك التعليق كمن قال لجاريته ان ولدت ولدا فهو حر صح وان كان لا يملك تنجيز العتق في الولد المعدوم وكمن قال لامرأته الحائض اذا طهرت فانت طالق كان هذا طلاق السنة وان كان لا يملك تنجيزه في الحال وهذا بخلاف الاهلية في المتصرف لانه لا بدمنه في تصرف اليمين كما لا بد منه في تصرف الطلاق فاما الملك في المحل فمعتبر للطلاق دون اليمين وهذا بخلاف البيع فان الايجاب احد شطري البيع وتصرف البيع قبل الملك لغو فاما الايجاب ههنا فتصرف آخر سوى الطلاق وهواليمين وتأويل الحديث ما روي عن مكحول والزهري وسالم والشعبي رحمهم الله انهم قالوا كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فنفى رسول الله عليه السلام ذلك بقوله لاطلاق قبل النكاح وحديث عبد الله بن عمرو غير مشهور ولو ثبت فمعنى قوله ان نكحتها اي وطئتها لان النكاح حقيقة للوطئ وبهذا لا تحصل اضافة الطلاق الى الملك عندنا كذا في المبسوط .

قوله فصح يمينا اي عندنا وايقاعا عند الشافعي رحمة الله تعالى عليه وحاصل الخلاف ان المعلق بالشرط لا ينعقد سببا والتعليق تصرف في السبب باعدامه الى زمان وجود الشرط عندنا وعنده ينعقد سببا واثر التعلق في تاخير الحكم فكان ايقاعا ولكن لم يثبت حكمه في الحال **قوله** لان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهوالقوة وانما سمي الحلف يمينا لان الحالف يتقوى

والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذاما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان صرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وماوراها ملحق بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انها الحقت بالشروط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر قال رضي الله تعالى عنه ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه

على حمل نفسه على الفعل او منعها عنه حذرا من ان يلحقه لزوم الكفارة عند الحنث ولهذا سمي باليمين ايضا ذكر شرط وجزاء لوجود معنى الحمل او المنع فيه حذرا من ان يلزمه الجزاء وهو الطلاق والعتاق فان قيل اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فهذا يمين وليس فيه معنى الحمل والمنع قلنا العبرة للغالب الشائع ولا معتبر للاعراد ٭

قوله والظهور باحد هذين اي كونه غالب الوجود في الملك او في الاضافة الى الملك

قوله لان الشرط مشتق من العلامة في الصحاح الشرط بالتحريك هو العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا معنى قوله مشتق من العلامة مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة ٭

الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار *

قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرار الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل امرأة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور *

قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين

قوله الا في كلمة كلما قال العلامة شمس الدين الكردري رحمه الله لا فرق بين كلمة كل وكلما كما بين حيث وحيثما ولكن نشأ الفرق بينهما من وجه آخر وهو ان كلمة كل دخلت على المرأة فيوجب عموم ما دخلت عليه فتعم اعيان النساء فاذا تزوج امرأة انحلت اليمين في حقها لما انها اصابت من كلمة كل حصتها فكانها هي المحلوف عليها فقط فاذا تزوجها ثانيا فقد تزوجها بعد انحلال اليمين فلا يقع كما لو قال ان تزوجت امرأة فهي طالق فلا تطلق ثانيا بالتزوج الثاني واما كلما فانما دخلت على التزوج فيقتضي عموم التزوج ويلزم من عموم التزوج عموم النساء لان الفعل يفتقر الى العين ولا يلزمه من عموم النساء عموم التزوج في كلمة كل لان العين لا يفتقر الى العرض

لماقلنا وان وجد في غيرالملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيءٌ لانعدام المحلية فان احتلفا في الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الامن جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها

قوله لما قلنا اشارة الى قوله وبقاء اليمين به وبالشرط قوله كما في الدخول اي في دخول الدار والقياس ان لا يقع الطلاق عليها بقولها لانها تدعي شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول له ولا يصدق بلا حجة كما لو علق طلاقها بدخول الدار وجه الاستحسان ان هذا الامر لا يعرف الامن قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعي فيجب عليها ان تخبر كيلا يقع في الحرام اذ صيانة نفسها وزوجها عن الحرام واجبة ولما كانت الصيانة واجبة كان طريق الصيانة وهو اخبارها واجبا وهي المتعنتة لاقامة هذا الواجب فيجب قبول قولها وهذا لانها مامورة باظهار ما في رحمها لان الكتمان حرام لتخرج عن عهدة الواجب ولانها صارت امينة من امناء الشرع فيجب قبول قولها لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن وقد تعلق بالاظهار احكام شرعية فصارت مامورة بالاظهار ضرورة فاذا صارت مامورة بالاظهار يجب قبول قولها المفيد الاظهار ومتى وجب قبول قولها وجب ترتب الاحكام عليها اذ هو المعنى بالقبول ولهذا قبل قولها

وكذلك لوقال ان كنت تحبيني ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق

وعبدي حرفقالت احبه اوقال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما قلنا

في حق العدة اذا اخبرت با نقضائها بالحيض في مدة تنقضي في مثلها حتى يبطل حقه في الرجعة وفي حق حرمة وطئها اذا اخبرت برؤية الدم وحل الوطئ اذا اخبرت بانقطاع الدم وكان ينبغي ان يقع الطلاق عليهما لانا حكمنا بوجود الشرط بقولها وطلاق صاحبتها جزاء وهذا شرط لطلاقها ولكنا ندع القياس ونوقع الطلاق عليها دون صاحبتها بقولها حتى يعلم انها حاضت حقيقة لانا انما قبلنا قولها بطريق الضرورة ليخرج عن عهدة الواجب او ليقع التفصي عن الحرام ولا ضرورة في حق صاحبتها والحكم بوقوع الطلاق في حقها لا يكون حكما بوجود الشرط في حق صاحبتها لانها شاهدة في حقها بل متهمة فيجعل كان الطلاق وقع عليها لا بقضية الشرط في حق صاحبتها وغير ممتنع ان يقبل قول شخص في حق نفسه ولا يقبل في حق غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين على الميت لرجل وكذبه بقية الورثة وكما اذا اثبت الملك للمستحق باقرار المشتري لم يرجع على البائع بالثمن ٥

قوله وكذلك لوقال ان كنت تحبيني الى قوله ولا تطلق صاحبتها اعيران هذه المسئلة تفارق المسئلة الاولى بوجهين احدهما ان هذا يقتصر على المجلس ان اخبرت بذلك في المجلس يقع ولا يقع في غير ذلك المجلس لانه اثبت التخيير حيث جعل الامر الى اخبارها بمحبتها وفي مسئلة الحيض لا يقتصر لانه ليس فيه معنى التمليك بل هي نظيرة سائر التعليقات فلا يقتصر على المجلس والثاني انها لوكانت كاذبة فيما قالت لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى في مسئلة الحيض واما في مسئلة المحبة فيقع لان حقيقة المحبة والبغض مما لا يوقف عليهما من قبل احد

ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة وفي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة

واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها

لا من قبلها ولا من قبل غيرها لان القلب منقلب لا يستقر على شيء فما لم يوقف عليه يتعلق الحكم بدليله كالسفر مع المشقة والنوم مع الحدث فصار كل الشرط هو الاخبار عن المحبة وقد وجد فتبعه حكمه فاما الحيض فان له حقيقة وايا ما معلومة فيتعلق الحكم به فاذا اخبرت كاذبة لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في المبسوط لفخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه •

قوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال وهو ان يقال لما كان قبول قولها في حقها باعتبار الصدق فاذا اخبرت بمحبة العذاب ونحن نتيقن بكذبها في ذلك وجب ان لا يقبل قولها اصلا فيقال لم نتيقن بكذبها في ذلك فان الجاهل قد يختار العذاب على ما يبغضه فلعلها لشدة بغضها زوجها وجهلها بمقدار الم العذاب يختار ذلك فلم تكن كاذبة قطعا **قوله** فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت وفائدة هذا تظهر فيما اذا كانت المرأة غير مدخولة بها فانها لما رأت وتزوجت بزوج آخر واستمر بها الدم ثلثة ايام كان النكاح صحيحا لانقطاعها عن الزوج باول ما رأت لا الى عدة وتظهر ايضا فيما اذا قال ان حضت فعبدي حر والمسئلة بحالها كان العبد حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكتساب العبد وتظهر ايضا في حق الجنايته وعليه •

ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلک بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس فى اليوم الذي تصومه لان اليوم اذا قرن بفعل يمتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار

قوله ولهذا حمل عليه اي على الحيضة الكاملة في حديث الاستبراء وهو قوله عليه السلام الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بالحيض وكمال الحيض بانتهائه وذلک بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة او بالانقطاع والغسل اوما يقوم مقام الغسل اذا كانت ايامها دون العشرة وانما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض او الطهر الذي هو شرط وقوع الطلاق وهي في تلک الحالة اما اذا لم تكن موصوفة بها فلا يصدق بيانه اذا قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق فمكثت عشرة ايام ثم قالت المرأة حضت حيضة فطهرت واغتسلت وكذبها الزوج فالقول في ذلک قولها واما اذا قالت بعد تطاول الزمان حضت وطهرت وانا الآن حائض بحيضة اخرى لا يقبل قولها ولا يقع الطلاق عليها لانها اخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال فواتها وانعدامها واذا قال لها ان حضت فانت طالق فمكثت خمسة ايام ثم قال قد حضت منذ خمسة ايام وانا الآن حائض وقع عليها الطلاق ولو قالت حضت وطهرت لا يصدق اذا كذبها الزوج والمعنى فيه هو ان الله تعالى جعل المرأة امينة فيما تخبر فيه من الحيض او الطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها فما دامت الاحكام قائمة كان الايتمان قائما من جهة الشرع فتصدق واذا كانت الاحكام منقضية كان الايتمان فائتا فلا تصدق وهذا بخلاف المودع اذا قال رددت الوديعة او هلكت فانه يصدق ولا يشترط لتصديقه فيما اخبر به قيام الامانة لان المودع صار امينا من جهة صاحب المال صريحا وابتداء لا لضرورة اقامة الاحكام فان صاحب المال ايتمنه وطلقاء المرأة انما صارت امينة به بخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها على ما ذكرنا

وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولايدرى ايهما اول لزمه فى القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بالولد الاخير لانها لوولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لاتقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولوولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لماذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثنتان بالشك والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

وان قال لها ان كلمت اباعمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا فطلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر اووجدا في غيرالملك فلا يقع اووجد الاول في الملك والثاني في غيرالملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لاينزل في غيرالملك اووجد الاول في غيرالملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني

قوله وقد وجد الصوم بركنه وهوالامساك عن المفطرات نهارا وشرطه وهوالنية والاهلية
قوله فولدت غلاما وجارية ان علما ان الغلام اول طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية فلا يقع شيء وان علما ان الجارية اول طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وان قالالاندري طلقت واحدة قضاء وفى التنزه ثنتان وان ولدت غلاما وجاريتين في بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين اولا فهي طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادتها الغلام وان ولدت الغلام اولا طلقت واحدة بولادتها الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الاولى

اذهما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة
التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط
لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن
قيام الملك اذ بقاءه بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها
ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه هي
طالق بما بقي من الطلقات وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه واصله ان الزوج
الثاني يهدم مادون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر رحمهما
الله تعالى لا يهدم مادون الثلث فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى

وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى وان ولدت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام
ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية والثالثة بولادة الغلام قد انقضت عدتها بولادة
الاخرى كذا في المبسوط ولو قال ان كان حملك هذا جارية فانت طالق واحدة وان كان غلاما
فثنتين وولدتهما لم يقع لان الحمل اسم لجميع ما في البطن وما في البطن ليس بغلام ولا جارية
فلم يوجد شرط الحنث الا ترى انه لو نظر الى جوالق فقال ان كان ما فيه حنطة فامرأتي طالق
وان كان ما فيه دقيقا فعبدي حر فاذا فيه دقيق وحنطة لم تطلق ولم يعتق ولو قال ان كان
ما في بطنك لزماه لوجود الشرطين والمراد بالتنزه التباعد عن مظان الحرمة ٠
قوله اذهما في حكم الطلاق كشيء واحد من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان
بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع في غير الملك فكذلك ههنا **قوله** الا ان الملك يشترط حالة
التعليق جواب سؤال وهو ان يقال لما كان محل اليمين الذمة ينبغي ان لا يشترط الملك وقت
التعليق فاجاب بذلك **قوله** وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك كما

وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال انت طالق ثلثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمة الله تعالى عليه يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملک لا نها هي المانعة لان الظاهر عدم مايحدث واليمين تعقد للمنع او لحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولوقال لامرأته اذا جامعتک فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان ولبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتک فانت حرة وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اوجب المهر

اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ووجد الشرط فانها تطلق بالاجماع وهي مسئلة الهدم فيما دون الثلث وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا علق الواحدة بدخول الدار ثم نجز طلقتين وتزوجت بزوج آخر فعادت الى الاول ودخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله لعدم الهدم وعند هما لا يثبت لتحقق الهدم ٭

قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر **قوله** ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملک الطريق المعتمد فيه ان يقول بوقوع الثلث عليها خرجت من ان يكون محلا للطلاق لان الطلاق مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل بالتطليقات الثلث وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار ثم جعل الدار بستانا اوحماما لا يبقى اليمين وكما اذا قال ان كلمت فلانا فامرأته طالق فمات فلان فان قيل اليس انه لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق مع

فى الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج فى الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطئ لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللباث عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع والله تعالى اعلم بالصواب *

انه بالبيع لم يبق العبد محلا ليمينه وكذلك بقيت محلا للظهار بعد الطلقات الثلث كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت على كظهر امي فبانت بالثلث ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار يثبت الظهار ولو طلقها ثنتين في مسئلتنا ثم عادت اليه بعد اصابة زوج آخر فدخلت الدار تطلق ثلثا ولو تفيد الجزاء بذلك الملك لما عتق فى المسئلة الاولى ولما وقع الظهار ولما طلقت ثلثا هنا بل وقعت واحدة قلنا العبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم يفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم يبق اليمين واما الثاني فان محلية الظهار لا ينعدم بالطلقات الثلث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة الى وجود الكفارة وهذه حرمة الى وجود مايرفعها وهو الزوج الثاني واما اذا طلقها ثنتين فالمحل باق اذا المحلية باعتبار صفة الحل وهي قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين وقد استفاد من جنس ما انعقد عليه اليمين فسرى اليه حكم اليمين تبعا وان لم ينعقد اليمين عليه قصدا.

قوله فى الفصل الاول اي فيما اذا لبث بعد الايلاج ولم يخرجه لوجود الاستمتاع في غير الملك **قوله** لوجود الجماع بالدوام عليه لان الجماع عبارة عن الاجتماع يكون ثابتا بالدوام عليه والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في الاستثناء

واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول

فصل في الاستثناء

قوله واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى لم يقع اختلفوا في ان هذا الكلام شرط او ابطال قال ابو يوسف رحمه الله شرط وقال محمد رحمه الله ابطال لان الشرط اعدام السبب الى زمان وجود الشرط وهذا اعدام اصلا فلا يكون شرطا فابو يوسف رحمه الله اعتبر اللفظ ومحمد رحمه الله اعتبر المعنى وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جمع بين يمينين فقال انت طالق ان دخلت الدار وعبدي حران كلمت زيدا ان شاء الله تعالى قال ابو يوسف رحمه الله يعود الى الجملة الثانية لان الجملة الاولى كاملة في حق التعليق وقال محمد رحمه الله يعود اليهما لان الاولى ان كانت كاملة من حيث التعليق ناقصة من حيث اتصال الابطال بها فانصرف الابطال اليهما بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق وان كلمت فلانا فعبدي حران جاء فلان حيث ينصرف الى الاخيرة بالاتفاق ولو قال انت طالق وعبدي حران شاء الله انصرف اليهما بلا خلاف لانه ان اعتبر شرطا كما قال ابو يوسف رحمه الله انصرف اليهما واذا اعتبر رفعا وابطالا كما قاله محمد رحمه الله فكذلك وتظهر ثمرة الخلاف ايضا فيما اذا قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لها انت طالق

فيكون الاستثناء اوذكرا لشرط بعده رجوعا عن الاول قال رضي الله تعالى عنه وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا . والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء

وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلثا الا ثنتين طلقت واحدة

ان شاء الله يحنث عند ابي يوسف رحمه الله لانه يمين وقال محمد رحمه الله لا يكون يمينا ولا يحنث وذكر في شرح الطحاوي ان قوله ان شاء الله تعالى كما يبطل الكلام الذي قبله كذلك لوقال ان لم يشاء الله تعالى اوقال ما شاء الله تعالى وكذا اذا علق بمشيئة من لا يظهر مشيئته لنا كما اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى او الجن اوهذا الحائط ٭

قوله فيكون الاستثناء اي على قول محمد رحمة الله تعالى عليه **قوله** اوذكر الشرط اي على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه على اختلاف التخريجين والحكم واحد في قوله انت طالق ان شاء الله تعالى **قوله** والموت ينافى الموجب دون المبطل لان الموجب يقتضي المحل وبالموت يبطل المحل فينافيه والمبطل يلايم الموت في ابطال الموجب فلاينافى الموت المبطل **قوله** بخلاف ما اذا مات الزوج اي بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق وانما يعلم ذلك فيما اذا قال قبل الابتداء اني اطلق امرأتي واستثنى وذكر في المحيط فعلى قياس مسئلة النوزل قالوا ان من حلف واراد ان يقول في آخره ان شاء الله فسد انسان فمه انه يكون استثناء نا وبله اذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد عن فمه متصلا به وقد وجدنا في نوادر هشام انه قال سألت محمدا عمن قال لامرأته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثنى فامسكت بفمه وحالت بينه وبين الاستثناء قال يلزمه الطلاق فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده

قوله والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي تكلم بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء **قوله** هو الصحيح هذا احتراز عن قول بعضهم ان الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات وهذا ينزع الى ان في الاستثناء معنى المعارضة وذلك فاسد لما عرف في اصول الفقه **قوله** ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اي بما بقي من المستثنى منه **قوله** استثناء البعض من الجملة اي لما صح ذلك لم يفرق بين ان يكون المستثنى اقل او اكثر خلافا للفراء فانه يقول لا يصح استثناء الاكثر لانه لم يتكلم به العرب فلم يصح عنده قوله انت طالق ثلثا الا ثنتين لانه استثناء الاكثر وروي عن ابي يوسف رحمه الله ايضا انه لا يصح هذا الاستثناء لان الاستثناء بيان فان من قال جاءني القوم الا فلانا كان بيانا للجائين بطريق الاختصار اذ لو اشتغل ببيان من جاء لطال الكلام وهذا انما يتحقق في استثناء القليل من الكل لا في استثناء الكثير منه وفي ظاهر الرواية لا فرق لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا فرق في هذا بين القليل والكثير بل شرط صحته ان يبقى وراء المستثنى شيء ليصير متكلما به واذا قال انت طالق ثلثا الا نصف تطليقة قيل على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه تطلق ثنتين لان التطليقة كما لا تتجزى في الايقاع لا تتجزى في الاستثناء فصار كانه قال الا واحدة وعند محمد رحمة الله تعالى عليه تطلق ثلثا لانه لما استثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثا ❊

ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وصارفا للفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب ه

قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى شيء يصير متكلما به فبقي كلامه الاول كما كان فيقع الثلث وظن بعض اصحابنا رحمهم الله ان استثناء الكل رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وهذا وهم منهم لانه بطل استثناء الكل في الوصية ايضا مع ان الوصية تحتمل الرجوع فدل ان الطريق ما قلنا ولو قال انت طالق ثلثا الا واحدة وواحدة وواحدة عند ابي حنيفة رحمه الله تطلق ثلثا لانه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنى للكل فكانه قال الا ثلثا وهو الظاهر من قول ابي يوسف رحمه الله وروي عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر رحمه الله لانه لما قال الا واحدة وواحدة كان مستثنى للثنتين فكان صحيحا وانما بطل استثناء الثالثة فقط كذلك في المبسوط وذكر في زيادات المصنف رح ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ اي بعين لفظ المستثنى منه واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ يصح وان كان هو استثناء الكل من الكل وكذلك لو قال ثلث مالي لزيد الا الفا وثلث ماله الف صح الاستثناء وذكر في المحيط والذخيرة وذكر القدوري في شرحه اذا اوقع اكثر من ثلث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام لا من جملة الثلث التي تحكم بوقوعها وروي عن محمد رحمه الله في النوادر نسائي طوالق الا فلانة وفلانة وفلانة وليس له من النسوة سواهن صح الاستثناء وفي البقالي اذا قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له غيرها لم تطلق والله تعالى اعلم بالصواب ه

باب طلاق المريض

اذاطلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنافمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلاميراث لهاوقال الشافعي رح لاترث في الوجهين لان الزوجية قدبطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لايرثهااذاماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثهافي مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها

باب طلاق المريض

قوله اذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا قيدبالبائن لان في الطلاق الرجعي اذامات الزوج وهي في العدة ترث ايضا لكن لاباعتبار الفرار بل باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه وبمرض الموت لانه اذاطلقها بائنا في صحته اوفي مرضه ثم صح ثم مات لاترث وبغير الرضاء لانه اذا كانت برضائها لاترث وبالموت في العدة لانه اذا مات بعد انقضاء العدة لاترث وقال ابن ابي ليلى ترث منه وان مات بعد انقضاء العدة وقال مالك رحمه الله ترث وان مات بعد ما تزوجت بزوج آخر وقال الشافعي رحمه الله لاترث في العدة وبعدها وهوالقياس لنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم بتوريث امرأة الفار وقد صح ان عثمان رضي الله عنه ورث تماضر امرأة عبدالرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فان قيل لااجماع فقد قال ابن الزبير في حديث تماضر لوكان الامر الي لما ورثتها قلنا معنى قول ابن الزبير ماورثتها لجهلي بوجه الاستحسان فتبين انه كان يخفى عليه مالم يخف على عثمان رضي الله تعالى عنه وفي بعض الروايات انها سألته الطلاق فمعنى قوله ماورثتها لانها سألت الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضي الله عنه اياها بعد سؤال الطلاق دليل على انه كان يورثها قبله وقد قيل هي سألته الطلاق ولكن قال لها اذا طهرت فاذنني فكما طهرت اذنته وبهذا لا يسقط ميراثها ء

وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف مابعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها اوقال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتاخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين اواوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما اوصى وما اقر به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها وتزوج اختها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة

قوله وقد امكن اي تأخير عمله الى زمان انقضاء العدة **قوله** لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار اي في حق النفقة والسكنى والمنع عن الخروج والتزوج فيبقى في حق الارث بخلاف مابعد انقضاء العدة لانه لاامكان لان الارث يعتمد النكاح من كل وجه او من وجه وبعد الانقضاء لم يوجد احدهما **قوله** والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها جواب عن قول الخصم ولهذا لا يرثها اذا ماتت اي في حال مرض موت الزوج والزوجية ليست بسبب لارثه عنها لانها صحيحة **قوله** خصوصا اذا رضي به

والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرءها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه •

اي فيما اذا لم يرض الزوج ببطلان حقه وماتت وهي في العدة بان مكنت ابن زوجها لاترث ففيما اذا رضي به وهو مانحن فيه اولى ان لاترث •

قوله والحكم يدار على دليل التهمة لان التهمة امر مبطن لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو قيام العدة فوجب تحقيق حكم التهمة عندها **قوله** ولهذا يدار اي ولان الحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية تدار على التهمة يدار هذا الحكم على النكاح والقرابة اي لايجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته ولا لقريبه **قوله** ولا تهمة في قدر الميراث قال بكر رحمه الله ماتأخذه تأخذه بطريق الميراث لابطريق الدين اذ لو كان بطريق الدين لكان التوي على الورثة ما دام شيئ من التركة قائما وكذا لو طلبت ان تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان ماتأخذه بطريق الدين لكان لها ذلك ولو ارادت ان تأخذ من عين التركة ولا يعطيها الورثة ليس لها ذلك وتعامل فيه بناء على زعمها لان في زعمها ان ماتأخذه تأخذه بطريق الدين فالحاصل ان الشرع رجح جانب الورثة ان اختاروا ان يعطوها من عين التركة لهم ذلك وان اختاروا ان يعطوها من غير التركة لهم ذلك كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه •

ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلاتهمة في حق هذه الاحكام

قال رضي الله عنه ومن كان محصورا او في صف القتال وطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص اورجم ورثت ان مات في ذلك الوجه اوقتل واصله مابينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز اوقدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار

قوله ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج جواب سؤال وهو ان يقال هذه التهمة غير معتبرة في الشرع الاترى انه تقبل شهادته لها ويحل وضع الزكوة فيها ولها ان تتزوج في الحال ولو اعتبرت التهمة شرعا لاعتبرت في حق التزوج اذ الحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط قلنا هذه المواضعة تكون في حق الارث لا في حق هذه الاحكام عادة فاعتبرت هنا ولم تعتبر ثمه **قوله** وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء ثم المرض المعتبر ان يكون بحال يخشى عليه التلف لانه حينئذ يتعلق حقها بماله فلا بانة في هذه الحالة ابطال حقها وقيل ان لا يقوم الا بشدة وقيل ان لا يقوم الا ان يقيمه انسان وقيل ان لا يقدر ان يصلي قائما وقيل ان لا يقدر على المشي الا ان تهادى بين اثنين وقيل ان لا يقدر على صب ماء من كوز الى كوز ومن يقوم بحوائجه في البيت كالمشي الى الخلاء والتوضي بنفسه كالصحيح

ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في هذا الوجه اوقتل دليل على انه لافرق بين ما اذا مات بذلك السبب اوبسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل

عند البلخيين وقال البخاريون اذا عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت فمريض وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان يخرج الى الصلوة فصحيح والمرأة لاتخرج فان عجزت عن حوائجها في البيت كصعود السطح ونحوه فمريضة والافلا والمقعد والمفلوج والمسلول كالصحيح لانه قد يعيش منه كثيرا قال ابن سلمة الاان لايرجى برؤه بالتداوي وقال الهندواني الاان يكون مرضه يزداد ابدا فان كان يزداد وينقص ان مات بعد ذلك بسنة فكالصحيح وان مات قبل سنة فمريض وذكر الناطفي تصرفات المسلول كسائر المرضى الا ان يتطاول وفسر اصحابنا التطاول بالسنة فاذا بقي على هذه العلة سنة فتصرفه بعد سنة كتصرفه حال صحته وذكر الحلوائي عن محمد رحمه الله اذا دام المريض على حاله سنة فحكمه حكم الصحيح واختلف في تفسير الطلق قيل الوجع الذي لايسكن حتى تموت او تلد وقيل ان سكن لان الوجع يسكن تارة ويهيج اخرى والاول اوجه وحد المرض الذي يبيح التوكيل ان لا يقدر على المشي بقدمه ولو كان لايقدر ولكن يحمل على الدابة او على ظهر انسان فان كان يزداد مرضه بذلك يباح التوكيل وان لم يزدد اختلفوا

قوله ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وهو ان كل ما يكون الهلاك منه غالبا فهو في حكم مرض الموت وكل ما تكون السلامة فيه غالبا لكن قد يخاف الهلاك منه فهو في حكم الصحة منها راكب السفينة والنازل في المسبعة طلق امرأته لايكون فارا واما اذا انكسرت السفينة اوتلاطمت الامواج واشتدت الريح اووقع

واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر واذا دخلت الدار اواذا صلى فلان الظهر واذا دخل فلان الدار فانت طالق وكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول منه في المرض ورثت

في فم سبع فطلق يكون فارا فاذا طلقها في مرضه ثلثا ثم قتل اومات بغير ذلك المرض غير انه لم يصح فلها الارث وقال عيسى بن ابان رحمه الله تعالى لا ارث لها لان مرض الموت مايكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر دل انه ليس بمرض الموت فلم يتعلق حقها بماله يومئذ فصار كما لو طلقها في صحته قلنا الموت اتصل بمرضه حيث لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان ولم يتبين به ان مرضه لم يكن مرض الموت امة تحت حر عتقت ووهب لها مال فاختارت نفسها وهي مريضة ثم ماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لا تكون طلاقا وكذلك صغيرة زوجها اخوها فبلغت ووطئها زوجها فاختارت نفسها في مرضها فماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لم تكن طلاقا وكذا لو ارتدت في مرضها اوقبلت ابن زوجها ورثها لان الفرقة منها ولو مضت مدة العنين فاختارت الفرقة في مرضها لم يرث زوجها لان الفرقة منه لانه امتنع عن الامساك بالمعروف فناب القاضي منابه في التسريح بالاحسان ولهذا كان طلاقا وكذا لو وجب بعد ما ابانها بعد الدخول فتزوجها فعلمت في مرضها واختارت نفسها وماتت لم يرث زوجها لانه فرقة بالطلاق ه

قوله واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر الى قوله فانت طالق اي طالق بائن لان حكم الفرار انما يثبت اذا كان الطلاق بائنا

الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت اوبفعل الاجنبي اوبفعل نفسه اوبفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض اوكلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهوما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذاجاءرأس الشهرفانت طالق اوبفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار اوصلى فلان الظهرفان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرارقد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الاعن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهوما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض اوكانا في المرض والفعل مما له منه بد اولا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق اوبمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها

قوله الا في قوله اذا دخلت الدار اي الا في فصل واحد وهوما اذا كان التعليق بفعلها الذي لها منه بد قوله ولا ظلم الاعن قصد وهذا لانه صفة للفعل والمعلق بالشرط صار مرسلا عند الشرط لا بفعله وقصده ولان التعليق في الصحة انقلب تطليقا في المرض والتعليق لم يكن ظلما فلا ينقلب ظلما لان المعتبر حالة التعليق الاترى ان من علق وهومفيق ثم وجد الشرط بعد ماجن تطلق وان لم يكن المجنون من اهل التطليق علم ان المعتبر حالة التعليق قوله واما الوجه الثالث وهوما اذاعلقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض اوكانا في المرض والفعل مما له بد منه اولا بد له منه فان قيل ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق

واما الوجه الرابع وهوما اذاعلقه بفعلها فان كان التعليق والشرط فى المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لا نها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة فى المباشرة لما لها فى الامتناع من خوف الهلاك

بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرته فلا يصير الفعل ظلما فلا يرث قلنا الاضطرار في جانب الفاعل لا يبطل حق غيره لان حق غيره محترم معصوم وذلك لا يتفاوت بين كون المتلف مختارا وبين كونه مضطرا الاترى ان من اتلف مال الغير نائما او خطئا او اصابته مخمصة فاكل مال الغير لاستبقاء مهجته فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان بقاء عصمته للغير يكفي لايجاب الضمان اونقول لا تسقط عن فعله صفة العدوان بالنظر الى عصمة المحل ولهذا يضمن فكذا هنا.

قوله واما الوجه الرابع وهوما اذا علقه بفعلها الى قوله والفعل مما لها بد منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك لا نها بمباشرة الشرط صارت راضية اذ الوجود مضاف الى الشرط فكان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط فان قيل اذا قال احد شريكي العبد لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب ولاية تضمين الحالف ولو كان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط لما كان له ذلك قلنا الارث يثبت بما له شبه العدوان فيبطل بماله شبه بالرضاء ولا كذلك الضمان اونقول مسئلة الاعتاق من قبيل ما لا بد لها منه لان موضوعها في كتاب العتاق فيما اذا كان قال احد الشريكين ان لم اضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته سوطا فهو حر فضربه فان الضارب يضمن للحالف وهو مضطر الى اكتساب هذا وفعل الشرط بطريق الاضطرار لا يدل على رضاه بالمشروط ولا كذلك في مسئلتنا فكانت راضية بالمشروط

في الدنيا او في العقبى ولا رضاء مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه ٭

قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رحمة الله تعالى عليه ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لا ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية ٭

قوله في الدنيا راجع الى اكل الطعام **قوله** او في العقبى راجع الى صلوة الظهر **قوله** كانها آلة له كما في الاكراه لان حد المكره ان يكون مضطرا بين شرين والمرأة كذلك لانها لو باشرت الشرط تتضرر بوقوع الطلاق وان امتنعت تعاقب في دار الآخرة وهذا الاضطرار جاء من الزوج فكانت مكرهة فيضاف فعلها اليه كمن اكره انسانا على اتلاف ماله وهذا لان الاكراه كما يقع بخوف تلف عاجل فكذلك يقع بالتفسيق الاترى ان فعل القاضي في باب القضاء بالشهادة منقول الى الشاهد حتى يكون الضمان عليهم اذا رجعوا لان القاضي يصير ملجئا اليه بشهادتهم لانه يفسق لو لم يقض بها فان قيل الضرورة التي توجب نقل الفعل الى المضرورة حاملة بحد ضرورة

لان المحرمية لاتنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لاتثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لاترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه

ما نعة لان غرضه المنع من تحصيل شرط الطلاق قلنا لما ثبتت الضرورة ثبتت به شبهة الفعل وذا كاف لهذا الحكم لثبوته بشبهة العدوان.

قوله لان المحرمية لاتنافي الارث وهو الباقي اي الارث لان النكاح باق في هذه الحالة في استحقاق الارث فيكون الباقي هو الارث او سبب الارث فان قيل ينبغي ان لا يرث لانا جعلنا النكاح باقيا حكما في حق الارث والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا احق فصار كما لو طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق وكالمسئلة الاولى قلنا الردة تنافي نفس الحق وهو الارث لان المرتد لا يرث احدا فلم يتصور بقاء النكاح بدون الاهل فاما المحرمية فانما يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها ولم يوجد لان النكاح قد بطل بالثلث وانما بقي في حق الارث خاصة فما لا ينافي الارث لا يعتبر منافيا في حق ما ثبت في الارث خاصة و بالمطاوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافة اليها فلا يجب ابقاء النكاح في حق الاستحقاق نظرا لها مع رضاها ببطلان السبب **قوله** ومن قذف امرأته وهو صحيح ثم لاعن الى قوله وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه ووجهه ان سبب الفرقة قذفه اياها ولكن بشرط اللعان فان القاضي يلاعن بينهما باعتبار القذف ويفرق بينهما وانما يلاعن

وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خال من الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه *

قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بيناه انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطىء فكان السبب قائماه

قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه والله تعالى اعلم بالصواب *

بينهما بطلب المرأة فصار القذف بمنزلة السبب المعلق بشرط يوجد منها وهو مما لا بد لها منه فانها لا تجد بدا من الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلم تصر بذلك راضية بسقوط حقها وعند محمد رحمه الله تعالى لم يثبت حكم الفرار لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانين فكان آخر المدارين فان قبل الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين قلنا اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء

قوله وان آلى وهو صحيح الى قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت فان قيل الايلاء ليس نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت وان كان الايلاء في الصحة لانه متمكن من ابطال الايلاء بالفيء فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشاء الايلاء في المرض وهناك يرث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكيلا في صحته بالطلاق فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه كان متمكنا من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشاء كذلك ههنا قلنا الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه لم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله والله تعالى اعلم بالصواب *

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه تعالى سمى امساكا وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها

باب الرجعة

ذكر في المحيط اذا اراد الرجل ان يراجع امرأته فالاحسن ان يراجعها بالقول لا بالفعل لان صحة المراجعة بالقول متفق عليها وبالفعل مختلف فيها

قوله رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف يعني قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن يعني اذا قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن من غير فصل بين الرضاء وعدمه اي لم يشترط رضاء المرأة **قوله** الا ترى انه تعالى سمى امساكا وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة في العدة فان قيل كما سمى الله تعالى الرجعة امساكا فكذلك سماها ردا في قوله وبعولتهن احق بردهن وحقيقة الرد لا تكون الا بعد الزوال قلنا لما دل الدليل على بقاء الملك حمل الرد على الحالة الاولى حتى لا تبين بانقضاء العدة لا الاعادة بعد الزوال والدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعي انه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعي اجماعا وملك الاعتياض لا يكون الا بعد بقاء اصل الملك وكذلك يملك عليها سائر التصرفات التي كان يملك عليها قبل الطلاق وهو الظهار والايلاء واللعان فدل ذلك على بقاء الملك مطلقا ×

والرجعة ان يقول راجعتك اوراجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولاخلاف فيه بين الائمة ٭

قال اويطأها اويقبلها ويلمسها بشهوة اوينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطئها وعندنا هواستدامة على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به

قوله والرجعة ان يقول راجعتك اي عند الحضرة اورجعت امرأتي اي في الحضرة والغيبة ومن الفاظ الرجعة راجعتك اي ردتك وامسكتك وقوله انت عندي كما كنت او انت امرأتي ان نوى الرجعة **قوله** اوينظرالى فرجها بشهوة المراد الفرج الداخل **قوله** وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لاتصح الرجعة الابالقول مع القدرة عليه بان لم يكن اخرس اومعتقل اللسان وهذا بناء على ان الرجعة عنده استباحة الوطيء ورفع الخلل الواقع في الملك فلايكون بالفعل كاصل النكاح والوطيء قبل الرجعة حرام فلايكون سببا للحل كما هو اصله وعندنا الرجعة استدامة الملك والفعل المختص بالملك يدل على استدامة الملك كالقول وهونظير الفيء في الايلاء فانه منع للمزيل من ان يعمل بعد انقضاء المدة وذا يحصل بالجماع وكذ اذا باع امته على انه بالخيار ثم وطئها صار مستبقيا للملك بالوطيء كذا هنالان الخيار ثبت شرعا لتدارك ما فرط منه وبتلافي مافات عنه ثم يثبت فعلا **قوله** والدلالة فعل يختص بالنكاح اي يجب ان تكون دلالة الاستدامة التي هي الرجعة فعلا مختصا بالنكاح وهذه الافاعيل وهي الوطيء والتقبيل واللمس بشهوة مختصة بالنكاح فان قيل لانسلم ان هذه الافاعيل

ج

خصوصا فى الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما فى القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها فى العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها ه

قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص من قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما فى الفيء فى الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب

مختصة بالنكاح لانها توجد فى الامة المملوكة ايضا قلنا ان الملك هو المقصود فى الامة وهذه الافعال تابعة في حق المملوكة والتابع معدوم حكما ه

قوله خصوصا فى الحرة يعني حل هذه الافاعيل في حق الحرة لا يكون بدون النكاح فاما في حق الامة يكون بالنكاح وبدونه ايضا كالشراء وغيره

قوله وغيرهما كالختانة وكالشاهد على الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة

قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله وهذا اعجب من مالك رحمه الله فانه لا يجعل الاشهاد فى النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا كذا فى المبسوط **قوله** ولنا اطلاق النصوص فامسكوهن بمعروف وبعولتهن احق بردهن من غير شرط الاشهاد فاشتراطه فيها زيادة على النص وهي نسخ فلا يجوز الا بدليل صالح له وما تلاه لا يصلح له لان المراد به الندب بدلالة الاجماع فانه جمع بينهما وبين

ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لاتثبت به

المفارقة وامرنا بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد في حق المفارقة مندوب وليس بواجب فكذا في حق الرجعة لاستحالة ان يكون اللفظ الواحد في حالة واحدة شاملا لمعنيين مختلفين * **قوله** ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية فانها ربما تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويجامعها الزوج الثاني فيكون هي عاصية وزوجها الذي اوقعها فيها مسيئا بتركه الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها بالرجعة جاز لان الرجعة عندنا استدامة للقائم وليست بانشاء فكانت الرجعة تصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لايتوقف على علم الغير كذا في المبسوط **قوله** فقالت مجيبة اي على الفور متصلة بقول الزوج **قوله** اذ هي باقية اي العدة باقية الى ان تخبر وقد سبقت الرجعة اخبار المرأة فصحت الرجعة وسقطت العدة وهي حين اخبرت انما اخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة فليس ابدا لانه الاخبار بعد سقوط العدة كما

واذاقال زوج الامةبعد انقضاءعدتها قدكنت راجعتهاوصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقربماهو خالص حقه للزوج فشابه الاقرارعليها بالنكاح وهويقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولهافكذافيمايبتني عليها ولوكان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعةللمولى فلايقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها فلا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لانهاامينة في ذلك اذهي العالمة به واذاانقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعةوان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل اويمضي عليهاوقت صلوة كامل لان الحيض لامزيدله على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعةوفيمادون العشرة يحتمل عود الدم فلابدمن ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال اوبلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف مااذاكانت كتابية لانه لايتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع

لوسكتت ساعةثم اخبرت ولانها صارت متهمةفي الاخبار بالانقضاءبعدرجعة الزوج فلايقبل خبرها كمالوقال الموكل للوكيل عزلتك فقال الوكيل كنت بعت حيث لايصدق الوكيل لكونه متهما ولكونه غيرقادرعلى الانشاءفهذاكذلك ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه رجعة صادفت حال انقضاء العدة او بعدها فلايصح وهذا لانها امينة في الاخبار عن امر يحتمل لجواز ان يثبت الانقضاءساعتئذفلا يقدران تخبرقبل ذلك لانه انما يمكنها ان تخبر بعد الانقضاء ومتى قبل قولها عرف ذلك ضرورة ان الانقضاء سابق على كلامها لان صحة

وينقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام مايثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة

الخبر تقتضي سبق المخبر به بزمان اوبا زمنة فان كان بازمنة فقد صادفت الرجعة مابعد الانقضاء وان كان بزمان فقد صادفت حال الانقضاء فلاتصح الرجعة مع انقضاء العدة لان العدة في حال انقضائها لاتكون موجودة مطلقا وشرط الرجعة ان تكون في عدة مطلقة فان قيل لما كان قولها انقضت عدتي مقتضيا سبق الانقضاء كان قول الزوج راجعتك يقتضي سبق الرجعة ايضا فلاتكون الرجعة في حال الانقضاء قلنا قوله راجعتك انشاء وهو اثبات امر لم يكن فلا يستدعي سبق الرجعة وقولها انقضت عدتي اخبار وهو اظهار امر قد كان فيقتضي سبب الانقضاء ضرورة وهذا بخلاف مالو سكتت ساعة لانها متهمة بالتاخير لان الانقضاء لو كان ثابتا لوجب عليها ان تخبر فلما لم يخبر دل انها كاذبة فلم يقبل قولها ولا يقال مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادرة لانا نقول ان انقضاء العدة لابد من ان يوافق حاله فتارة يوافق اكلها وتارة يوافق نومها وتارة قول الزوج راجعتك وانما يصير متهمة اذا فرطت في الاخبار بالتاخير ولاتفريط منها ههنا لانها لاتقدر على الاخبار الابعد الانقضاء بخلاف الوكيل فانه مفرط بالاخبار لان بيعه كان قبل العزل لامع العزل ومسئلة الطلاق على الخلاف لايقع الطلاق عند ابي حنيفة رحمه الله كما لو قال انت طالق مع انقضاء عدتك والاصح انه يقع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها في العدة كان مصدقا في ذلك بخلاف الرجعة كذا في المبسوط ء

قوله وينقطع اذا تيممت وصلت مكتوبة او تطوعا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم عند عدم

ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات

الماء نزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء بدليل حل اداء الصلوة لها به وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولا فرق بين الحكم لجواز صلوة اديت وبين الحكم بجواز الاقدام على ما لم يؤد بعد والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط الا ترى انها لو اغتسلت وبقيت في بدنها لمعة تنقطع الرجعة عنها احتياطا وان لم يحل لها اداء الصلوة فههنا اولى وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطا وان لم يحل لها اداء الصلوة فههنا اولى ان تنقطع الرجعة وقد حل لها اداء الصلوة ولهما انه طهارة ضرورية لانه تلويث حقيقة وهذا لانه لا يرفع الحدث بيقين حتى لو وجد المتيمم الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل لها طهارة حكما ضرورة الحاجة الى اداء الصلوة لانها مخاطبة بادائها ولا تقدر على ادائها الا بالطهارة فامرها الشرع بالتيمم لئلا تتضاعف عليها الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فكان طهارة في حكم الصلوة وفيما هو من توابعها كدخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ولا ضرورة في حكم الرجعة فكان التيمم في حقها عند عدم الماء كالتيمم عند وجوده ولكنه اذا فرغ من الصلوة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم بصحة الصلوة وصحة الصلوة تثبت مطلقا لا ضرورة فطهرت في حق سقوط الفرض من ذمتها وفي حق انقطاع الرجعة لانه من لوازمه وقبل اداء الصلوة ما حكمنا بحكم في حقها لان حل الاقدام على الصلوة في حقها مترقب لان كون التيمم طهارة مترقب لترقب في شرطه وهو عدم الماء الى ان يفرغ من الصلوة وان عدمت الماء الى ان تفرغ من الصلوة تبين ان الطهارة ثابتة في حقها والحكم بالطهارة ثابت فان وجدت الماء قبل ذلك تبين ان الطهارة ليست بثابتة في حقها لفقد شرطه فلا يكون الحكم باباحة الصلوة ثابتة قبله ولهذا تستقبل الصلوة اذا وجدت الماء في خلالها وهذا بخلاف ما اذا بقي على بدنها لمعة لان قطع الرجعة هناك

والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل ينقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة

لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكان طهارة قوية في نفسها والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فانه طهارة قوية لكونها اغتسالا بالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم الى ذلك في حكم حل الصلوة احتياطا لاشتباه الادلة في طهارة الماء وقد كان الاصل فيه الطهارة ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة ايضا لكونها طهارة قوية ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والصحيح ان الرجعة لا تنقطع عندهما مالم تفرغ من الصلوة لان الحال بعد شروعها في الصلوة كالحال قبله الا ترى انها اذا رأت الماء بطل تيممها بخلاف ما بعد الفراغ من الصلوة فانها وان رأت الماء بقيت الصلوة مجزية فيتوقف الانقطاع على الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلوة وههنا نكتة معروفة وهي ان التيمم عند محمد رحمه الله خلف عن طهارة الوضوء فيكون طهارة ضرورية ولهذا لا يصح اقتداء المتوضئ بالمتيمم عنده وههنا ترك اصله فجعلها طهارة مطلقة حتى قال تنقطع بها الرجعة بمنزلة الاغتسال وعندهما التراب خلف عن الوضوء فتحصل الطهارة مطلقة حتى جاز اقتداء المتوضئ بالمتيمم عندهما وههنا جعلاها ضرورية حتى قالا لا تنقطع الرجعة قبل الفراغ من الصلوة فالحاصل ان محمدا رحمه الله اخذ بالاحتياط في الموضعين جميعا وهما جعلاها في حق الصلوة طهارة مطلقة اذ الآية وردت في الصلوة وشرع التيمم للتمكن من الصلوة وفي حق غيرها عملا بحقيقة التلويث وهو ضد التطهير فكان طهارة ضرورية *

قوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية وهي حل قراءة القرآن ومس المصحف ودخول المسجد لان هذه الاحكام من توابع الصلوة اذ حل الصلوة تقتضي حل دخول المسجد وحل قراءة

وان كان اقل من عضوا نقطعت قال رضي الله تعالى عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لايتسارع اليه الجفاف ولايغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمة الله تعالى عليه هو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء

ومن طلق امرأته وهي حامل اوولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وذلك دليل الوطيء وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا واذا ثبت الوطيء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع الاترى انه يثبت بهذا الوطيء الاحصان فلان تثبت بها الرجعة اولى وتاويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة

القرآن وحل مس المصحف فكان هذا جوابا عن حرف الخصم بقوله حتى يثبت به من الاحكام ما ثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ٭

قوله وان كان اقل من عضو نحو الاصبع مثلا كذا في المحيط **قوله** فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت منها قصدا لا تنقطع الرجعة كذا في المحيط **قوله** وعنه وهو قول محمد رحمه الله وهو بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا فان عند الشافعي رحمه الله المضمضة والاستنشاق سنتان في الوضوء والجنابة وفي المحيط فان كان الباقي احد المنخرين فالرجعة باقية بالاتفاق **قوله** ومن طلق امرأته وهي حامل اوولدت

فان خلابها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطئ وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما خلابها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذهي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة

منه وقال لم اجامعها فله الرجعة الى قوله وبطل زعمه بتكذيب الشرع الاترى انه ثبت بهذا الوطئ الاحصان اي في حق الرجم مع انه يندرئ بالشبهات فان قيل وجب ان لا يكون له حق الرجعة لان الرجعة حق مستحق له وقد انكر ثبوتها له اقصى ما في الباب انه صار مكذبا شرعا حكما لثبات النسب منه لكن لا يلزم من كونه مكذبا شرعا ايفاء ما كان حقا له وصار هذا الرجل اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحق من يده ثم وصلت اليه يوما من الدهر امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا قلنا لم يتعلق باقراره هنا حق الغير والموجب لحق الرجعة ثابت وهو الطلاق بعد الدخول فوجب ان يكون له حق الرجعة بخلاف الاقرار فانه تعلق به حق الغرماء وان صار المقر مكذبا شرعا فان قيل لم اجامعها صريح في عدم الجماع ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحا في وجود الجماع والصريح اذا اجتمع مع غير الصريح فالصريح اولى قلنا الدلالة من الشارع اقوى من التصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب عن العبد وعدم احتماله من الشارع ٭

قوله فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا في الفوائد الظهيرية ذكرها اي في الجامع الصغير اغلق بابا وارخى سترا بالواو وفي كتاب الطلاق قال او ارخى سترا بأو وهو الصحيح ٭

فانزل واطئاقبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطئ قبل فيحرم الوطئ والمسلم لا يفعل الحرام فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهوان يكون بعدستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه جعل العلوق بوطئ حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة

قوله فانزل واطئاقبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني وهو جعله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطئ قبله فيحرم الوطي والمسلم لايفعل الحرام وعلى اعتبار الاول وان صار كاذبا والكذب حرام ايضا الا انه اهون من الزنا **قوله** فيكون الولد الثاني من علوق حادث ضرورة لان الولد لا يبقى في البطن لاكثر من سنتين فيكون من زوجها اذ لايظن بها ارتكاب الزنا فكان رجعة ضرورة واما اذا ولدت لاقل من سنتين فلان العلوق حادث والحادث يضاف الى اقرب الزمان اذا امكن وقد امكن اذا تخلل بين الولادتين ستة اشهر فصاعدا وذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا اذا ولدت لاقل من سنتين بيوم لايكون رجعة وان ولدت لاكثر من سنتين يكون رجعة لانها اذا ولدت لاقل من سنتين احتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل العلوق قبل الطلاق فلم يكن رجعة فلاتثبت الرجعة بالشك اما هنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال

وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوق وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين له حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رحمه الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى

لانها ولدت ولدين فلو لم يجعل الولد الثاني من علوق حادث لصار مع الولد الاول بطنا واحدا والاتحاد لا يثبت بالشك اذا كان بين الولدين ستة اشهر فصاعدا فصار الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعة

قوله وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وهو انه يجعل العلوق بوطئ حادث في العدة فان قيل بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعلهما على الحرام لان الوطئ في النفاس حرام قلنا لا يلتفت الى هذا رعاية للنسب لان النسب مما يحتاط في اثباته والنفاس قد يوجد وقد لا يوجد وقد يقل وقد يكثر فلا تيقن بارتكاب الحرام ولو ولدت ثلثة اولاد في بطن واحد والمسئلة بحالها فانها تطلق ثنتين وانقضت العدة بالولد الثالث لان علوق الكل دفعة واحدة فلا حاجة الى القول بالرجعة فاذا ولدت الاول وقعت واحدة ووجبت العدة واذا ولدت الولد الثاني وهي معتدة يقع آخر واذا ولدت الولد الثالث تنقضي العدة بوضع الحمل لانه لا ولد في البطن والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة

ولاتخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة و يتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى

قوله لاتخرجوهن الآية نزلت في المعتدات من الطلاق الرجعي بدليل سياقها يا ايها النبي اذا طلقتم النساء ثم قال لا تخرجوهن وصريح الطلاق رجعي فان قيل الرجعة تصح بدلالة فعل يختص بالنكاح فلم لا يكون اخراجها للمسافرة رجعة بل هو دليل الرجعة لان الظاهر من حال المسلم ان لا يرتكب المنهي عنه واخراجها من بيتها بدون الرجعة منهي عنه قلنا المسافرة لا تكون اعلى من السكون معها في منزل واحد وذا لا يكون دليل الرجعة نعم الظاهر من حال المسلم الاجتناب عن المحرم لكن اذا كان ذلك ظاهرا لا يخفى عليه والنهي من الاخراج في العدة مما يخفى على بعض العلماء فضلا عن العوام على ان الكلام في رجل ينادي با على صوته انه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع الصريح بخلافه **قوله** ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو اقتصر الزوال على الانقضاء لوجبت العدة بالاقراء بعد ذلك لان العدة لا يجب الا قضاء لحق نكاح انقطع فلو جوزنا المسافرة معها تبين بعد الانقضاء ان الطلاق كان عاملا زمان الوقوع وكان المسافرة مع الاجنبية فكان حال انقطاعه لا حال بقائه كما زعم زفر رحمة الله تعالى عليه **قوله** والطلاق الرجعي

يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع آخر عمله الى مدة اجماعا ونظراله على ماتقدم والله تعالى اعلم بالصواب ٭

لا يحرم الوطئ حتى لو وطئها لا يغرم العقر وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه يحرمه حتى يغرم العقر ٭

قوله يوجب استبداده به يعني ثبوت حق الرجعة للزوج بعد الطلاق لتمكنه التدارك عند الندم يوجب استبداد الزوج بذلك التدارك واستبداد الزوج بذلك الحق يشعر بكون ذلك الحق استدامة للنكاح الاول لا انشاء للنكاح الجديد اذ الدليل ينافي انشاء النكاح منها بدون رضاها لان القياس يأتي جواز نكاح الحرة وان كان برضاها الا انه ثبت بالنص فعند عدم الرضاء بقي على اصل القياس والقاطع تأخر عمله اجماعا بدليل انه يملك عليها الايلاء والظهار ويجري الميراث بينهما ولهذا سمي الله تعالى الزوج بعلا والبعل هو الزوج والزوجية تثبت الحل قال الله تعالى الا على ازواجهم **قوله** والقاطع آخر عمله الى مدة اجماعا جواب عن قول الخصم وهو قوله الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق نقول نعم وجد القاطع ولكن آخر عمل القاطع الى انقضاء العدة اجماعا فان عند الشافعي رحمه الله تثبت الرجعة بالقول بدون رضاء المرأة كما هو قولنا وملك الرجعة عليها من غير رضاها يدل على ان النكاح قائم اذ لو زال لكانت الرجعة اثباتا للملك عليها ابتداء واحد لا يملك ابتداء النكاح على الاجنبية الا برضاها وكذا من غير مهر ومن غير ولي عنده وكذا بغير شهود **قوله** ونظراله للزوج اي على اعتبار الخلاف **قوله** على ماتقدم وهو قوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة اوثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا

فصل فيما تحل به المطلقة

قوله لان حل المحلية باق المعنى من حل المحلية كونها انثى من بني آدم ليست من المحرمات وهو موجود ههنا **قوله** ومنع الغير جواب سؤال مقدر بان يقال ان الله تعالى لم يجوز نكاح المعتدة مطلقا بقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فاجاب بقوله انما كان ذلك لاشتباه النسب والتعليل باشتباه النسب هو بيان الحكمة فيه لا بيان العلة لوجود التخلف فيه فانه لوطلق الصغيرة او الآئسة تجب العدة ومنع الغير عن تزوجهما في العدة وان لم يكن فيه اشتباه النسب وكذلك لا يجوز تجويز المعتدة من الصبي وان لم يكن فيه اشتباه النسب لانه لايثبت النسب منه **قوله** لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف الرق منصف للعقوبة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فيكون منصفا للنعمة اذ لولا ذلك لكملت النعمة فتمت الجناية وغلظت فكملت عقوبتها

والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطئ حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لاتحل للاول حتى تذوق عسيلته الآخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رضه وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد والصبى المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رح يخالفنا فيه

قوله والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح لان الوطئ يحرم في الفاسد ويجب التفريق ولا يجب المهر قبل الوطئ ولهذا لو حلف لا يتزوج فتزوج امرأة نكاحا فاسدا لا يحنث قوله حملا للكلام على الافادة النكاح يذكر للعقد ويذكر للوطئ وهو اصله وقد اريد به الوطئ هنا ليكون الكلام محمولا على الافادة لا على الاعادة اذا لعقد مستفاد من اسم الزوج فان قيل جاز ان يسمى زوجا لانه يعرض ان يصير زوجا قلنا الاصل في الكلام هو الحقيقة ولا يعدل عنها بلا ضرورة فان قيل قد تحققت الضرورة وهي اضافته الى المرأة لانها لا تكون واطئة وانما تكون موطوءة قلنا اضافة الوطئ الى المرأة تجوز مجازا باعتبار التمكن كما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فلو حمل على الوطئ لكان فيه مجاز واحد واعمال للفظ النكاح والزوج على الحقيقة ولو حمل على العقد لكان فيه مجازان والاول اولى او نقول ما قلنا اولى لان فيه مجازا وافادة وفيما قلتم مجاز واعادة قوله بروايات روي بلفظ الخطاب حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي رواية من عسيلته ومن عسيلتك وفي رواية حتى يذوق عسيلته الى آخره بلفظ الغيبة قوله والشرط الايلاج لان الذوق يحصل بالايلاج والانزال شبع فلا يشترط قوله والكمال قيد اي الحديث المشهور

والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا ٭

قال ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها للاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث

شرطا لدخول وهو عبارة عن الايلاج فحسب فكان اشتراط الانزال في الايلاج زيادة قيد على الدخول المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل في الماهية فلا يتوقف الحكم المرتب على الامر الكامل الى زيادة وصف لا دلالة له في اللفظ عليه لانه يجري مجرى النسخ ٭

قوله والحجة عليه ما بينا وهو قوله لوجود الدخول في نكاح صحيح وقوله وفسره في الجامع الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع معناه ان تتحرك آلته ويشتهي وهذا لان في الحديث ذكر الذوق من الطرفين وهذا انما يتحقق في المراهق الذي يشتهي والاولى ان يكون المحلل حرا بالغا قال الامام قاضيخان وثبوت الحل للزوج الاول بوطي الصبي مذهبنا يثبت الحل بوطي الزوج الثاني سواء كان صبيا او مجنونا او حرا او مملوكا وقال الحسن البصري لا يحلها جماع الصبي لان عنده التحليل لا يتم بدون الانزال وعند مالك والشافعي رح لا يتم التحليل الا بجماع من كان من اهل الماء **قوله** واذا تزوجها

واذا طلق الحرة تطليقة اوتطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق فين كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لايهدم مادون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل

بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك او قالت المرأة ذلك اما لو اضمر اذلك في قلبهما فانه يصح العقد ويحل للاول عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله لا يصح وذكر الامام التمرتاشي لوخافت المرأة ان لا يطلقها المحلل فيقول زوجت نفسي منك على ان امري بيدي اطلق نفسي كلما اريد فيقول الرجل قبلت جاز النكاح وصار الامر في يدها وفي التفاريق لوادعت دخول المحلل صدقت وان انكر هو وكذا على العكس *

قوله واذا طلق الحرة تطليقة اوتطليقتين الى ان قال وقال محمد رحمه الله لا يهدم مادون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلث بالنص قال الله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وكلمة حتى للغاية ولم تثبت تلك الحرمة بالطلقة والطلقتين لانها متعلقة بالثلث وبعض اركان العلة لايثبت شيء من الحكم فلم يكن الزوج الثاني غاية اذ غاية الحرمة قبل ثبوتها محال الا ترى انه لوقال اذا جاء رأس الشهر فوالله لا كلم فلانا حتى استشر فلانا ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لايعتبر هذا لان الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا يعتبر قبل اليمين فاذا لم يعتبر كان وجودها كعدمها ولوتزوجها قبل التزوج او قبل اصابة الزوج الثاني كانت عنده بمابقي من التطليقات فكذلك هنا وابوحنيفة وابو يوسف رح قالا اصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح تلحق المطلقة بالاجنبية

واذا طلقها ثلثا فقالت قدانقضت عدتي وتزوجت و دخل بي الزوج وطلقني وانقضت

في الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلث وبيان هذا ان بالتطليقات الثلث تصير محرمة ومطلقة ثم باصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعا وتلحق بالاجنبية التي لم يتزوجها فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بانها مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج الثاني ثم الدليل على ان الزوج الثاني رافع للحرمة وموجب للحل قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له والمحلل من يثبت الحل كالمسود من يثبت السواد فان قيل انما يثبت كونه محللا بهذا النص عند استحقاق اللعن فكيف يثبت التحليل عند عدمه قلنا لما ثبت التحليل مع استحقاق اللعن فلان يثبت التحليل عند عدمه اولى على ان التحليل من حيث انه زوج واستحقاق اللعن ليس بهذا الاعتبار بل بامر آخر ولما كان محللا وجب ان يكون مفيد الحل لا يزول الا بثلث تطليقات فكذا في المتنازع فيه اونقول لما كان مفيد الاصل الحل فلان يكون مكملا للحل اولى لان اثبات الوصف ايسر من اثبات الاصل ولذلك الا يهدم الطلقة والطلقتين فان قيل الزوج الثاني غاية للحرمة بكتاب الله تعالى فمتى جعلناه مثبتا للحل مطلقا يلزم تغير قضية الكتاب ومتى جعلناه غاية المحرمة يكون عملا بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبر وهذا اولى من العمل بحقيقة الخبر وبمجاز الكتاب قلنا نحن نعمل بحقيقتهما لان الكتاب جعله غاية ونحن جعلناه غاية والخبر جعله محللا والكتاب ساكت عنه فجعلناه محللا فكان هذا عملا بحقيقتهما وانتم فان عملتهم بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبر فكان ما ذهبنا اليه اولى فان قيل جعله محللا يخل بمعنى الغاية لان غاية الشيء بمنزلة ما ينتهي به الشيء من غير ان يكون مؤثرا في شيء ومثبتا لشيء قلنا لا منافاة بينهما لان الشيء كما ينتهي بمضي الوقت

عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة

ينتهي بوجود ضده كالصوم ينتهي بمجيء الليل وكذا بوجود ضده وهو الاكل وكذا الحيوة تنتهي بوجود ضده وهو الموت وكذا الرق ينتهي بوجود ضده وهو العتق فكذا الحرمة هنا ينتهي بوجود الزوج الثاني لانه يوجب ضدها وهو الحل وهذا لان الشيء قديكون غاية بصورته وقد يكون غاية بمعناه فجعلناه غاية بمعناه لانه يثبت الحل به وهذا كالنص المحلل اذا ورد لم يبق النص المحرم لالان النص المحلل رافع للنص المحرم لان هذا بد أعلى الله تعالى ولكن تبين به ان النص المحرم يوقت الى هذا الوقت فكان غاية بمعناه لانه يثبت ضده وهو الحل فكذا هنا يدل عليه قوله تعالى حتى تغسلوا ولاشك ان الاغتسال كما ينتهي به الحدث تثبت به الطهارة الجديدة فان قيل الزوج الثاني انما صار محللا للحاجة ولا حاجة هنا فكان بمنزلة المعذور اذا توضأ في آخر وقت الظهر بعد ما صلى الظهر وانقطع الدم ينتقض وضوءه بالسيلان في وقت العصر لعدم حاجته الى تلك الطهارة قلنا انما يستقيم هذا ان لو كان كونه مثبتا للحل لمكان الحاجة وليس كذلك الاترى انه لو تزوجها على قصد ان لا يطلقها ابدا اولم يكن من قصده لاول ان يراجعها ابدا يثبت الحل بخلاف طهارة صاحب العذر فانها شرعت للحاجة وهذه مسئلة اختلف فيها اصحاب النبي عليه السلام ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم النخعي واصحاب عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وما قاله محمد وزفر والشافعي رحمهم الله قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة رضي الله عنهم فاخذ الشبان بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة كذا في المبسوط •

لانها معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله لانها معاملة اي النكاح معاملة وفي المعاملات يعتبر خبر كل مميز لعموم الضرورة الداعية الى سقوط سائر الشرائط كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارة **قوله** او امر ديني لتعلق الحل به لان الحل حق الشرع فيقبل قول الواحد كما في خبر نجاسة الماء وطهارته او روث حديثا **قوله** وسنبينها في باب العدة وعدولم يذكرها في باب العدة وادنى هذه المدة عند ابي حنيفة رحمه الله شهران ان اقرت بالمضي بالاقراء وعندهما تسعة وثلثون يوما كانه طلقها في آخر الطهر وحيضها ثلثة وطهرها خمسة عشر يوما فتمضي عدتها بطهرين ثلثين يوما وثلثة اقراء تسعة ايام للامكان وقيل على قياس قول ابي يوسف رح تصدق في سبعة وثلثين يوما ونصف واربع ساعات لان اقل الحيض عنده يومان واكثر اليوم الثلث فيجعل كل حيض يومين ونصف يوم وساعة فذلك سبعة ونصف وثلث ساعات وساعة للاخبار والاغتسال ولابي حنيفة رحمه الله على ما ذكره محمد رحمه الله ان يجعل كانه طلقها في اول الطهر تفاديا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثره وحيضها خمسة ايام لان اقله واكثره نادر فاعتبرنا الوسط فثلثة اطهار تكون خمسة واربعون يوما ثلث حيض يكون خمسة عشر يوما فذا ستون يوما وعلى ما روى الحسن عنه ان يجعل كانه طلقها في آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة قدرنا حيضها بالاكثر ليعتدل فالطهران ثلثون وثلث حيض ثلثون فذا ستون ولا معنى لما قالا لان الامين انما يقبل قوله اذا لم تكذبه العادة واما اذا كذبته العادة فلا

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر

لان المكذب عادة كالمكذب حقيقة الاترى ان الوصي اذا قال انفقت في يوم مائة درهم على الصبي لايصدق وان كان محتملا بان يشتري له نفقة فيسرق وثم فيحرق وثم فيغرق ثم وثم لكونه نادرة ولااحتمال لتصديقها في تلك المدة الابعد امور نادرة ان يكون الابتاع في آخر اجزاء الطهر وحيضها اقل مدة الحيض وطهرها كذلك وان لا يؤخر الاخبار عن ساعة الانقضاء وان كانت امة فعندهما تصدق في احد وعشرين يوما ستة للحيضتين وخمسة عشر للطهر وعنده في رواية محمد رحمه الله في اربعين يوما كانه طلقها في اول الطهر طهران ثلثون وقرآن عشرة وعلى رواية الحسن في خمسة وثلثين فقرآن عشرون والطهر خمسة عشر والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الايلاء

هو في اللغة الحلف من آلى اي حلف يؤلي ايلاء من الالية وهي الحلف قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه   وان بدرت منه الالية برت

وفي الشرع عبارة عن الحلف على ترك وطئ المنكوحة اربعة اشهرا واكثر وركنه والله لا اقربك ونحوه وشرطه كون اليمين معقودة على منع وطئ المنكوحة واهله من هواهل للطلاق عند ابي حنيفة رح وعندهما من هواهل للكفارة وسببه ما هو السبب في الطلاق الرجعي لما ان الابانة فيه موقتة الى وقت وههنا ايضا موقتة الى وقت والسبب الداعي هناك عدم الموافقة والتدارك في الطلاق الرجعي غير مستعقب مكروها وهنا يعقب مكروها لكن لا ينقص عدد الطلاق وحكمه المتعلق بالبر وقوع الطلاق عند مضي اربعة اشهر والحكم المتعلق بالحنث الكفارة ان كان يمينا بالله تعالى وان كان يمينا بغيره فما جعل جزاء على الحنث

فهو مؤل لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآيه فان وطئها في اربعة اشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم اجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة

قوله فهو مؤل لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم الآيه والتمسك بالآية لبيان شرعية الايلاء ولبيان انه اذا حلف على ترك وطئها اربعة اشهر فهو مؤل فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة وعند الشافعي رحمه الله يحنث في يمينه ولا تلزمه الكفارة لان الله تعالى وعد المغفرة وبعد ما صار مغفورا لا تجب عليه الكفارة لما ان الكفارة للستر قلنا وعد المغفرة في الآخرة ومع ذلك وجبت الكفارة للحنث في اليمين قال الله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآيه كذا في المبسوطين **قوله** ولنا انه ظلمها بمنع حقها في الجماع فان قيل لو كان الجماع حقها كان لها ولاية المطالبة وليس لها ذلك بعدما وطئها الزوج مرة قلنا ان لم يكن مستحقا عليه حكما فهو مستحق عليه ديانة ويدل عليه ما ذكره الامام قاضيخان رحمة الله تعالى عليه في باب العنين من الجامع الصغير ان الزوج اذا وطئها مرة ثم عجز بعد ذلك لاخيار لها لان ما هو المقصود وهو تأكد المهر والاحصان وغير ذلك يحصل بالواحدة وما زاد على ذلك فهو مستحق عليه ديانة لا حكما؛

فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن مؤليا لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر

قوله فان كان حلف على الابد بان قال والله لا اقربك ذكر الابد اولم يذكر **قوله** الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وذكر في المبسوط اذا آلى من امرأته ايلاء مطلقا من غير ان يقيده باربعة اشهر فبانت بمضي اربعة اشهر هل ينعقد مرة اخرى قبل ان يزوجها ام لا كان ابو سهل السرخسي يقول ينعقد حتى اذا تمت اربعة اشهر قبل انقضاء عدتها وقعت تطليقة اخرى وكذلك الثالثة قال لان معنى الايلاء كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق تطليقة بائنة ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بينا وكان الكرخي رحمه الله يقول لا ينعقد المدة الثانية ما لم يتزوجها وهذا هو الاصح لان في انعقاد اليمين ابتداء لابد من اعتبار معنى الاضرار وذلك لا يتصور بعد البينونة ما لم يتزوجها لانه لا حق لها في الجماع فلذلك لا ينعقد المدة الثالثة ما لم يتزوجها **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن مؤليا وقال ابن ابي ليلى يكون مؤليا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان

ولان الامتناع عن قربانها فى اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه

ولوقال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مؤل لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربک شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع

ولو قال والله لا اقربک سنة الا يوما لم يكن مؤليا خلافا لزفر رحمة الله تعالى عليه هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المؤلي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا

يقول ابوحنيفة رحمة الله تعالى عليه اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عنه ٭

قوله ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع هذا التعليل انما يستقيم على ما ذكر في المبسوط واذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر بغير شيء يلزمه فحينئذ يكون الامتناع في اكثر المدة بلا مانع ولا يستقيم فيما اذا عقد يمينه على ثلثة اشهر لان المانع يكون في اكثر المدة حينئذ وقيل المراد باكثر المدة اربعة اشهر وهو جميع مدة الايلاء وسماها اكثر لكونها اكثر من مدة حلف على ترک قربانها فاذا كان المراد به جميع المدة فلاشک ان المانع غير موجود في جميع صور التي دون تلک المدة وان وجود المانع فى البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض وهو ضعيف اذ لو كان المراد به ذلک لقال في اكثر المدتين **قوله** وبمثله اي وبمثل الحلف الذي انعقد على مادون اربعة اشهر لا يثبت حكم الطلاق بمضي اربعة اشهر ولو قال والله لا اقربک شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين او قال والله لا اقربک شهرين وشهرين كان مؤليا اما لو قال والله

لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحه فانه لا يصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة

قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع

لا اقربك شهرين ومكث يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين او شهرين بعد الشهرين الاولين او قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لم يكن موليا اما فيما مكث لم يتكامل مدة المنع وفيما اعاد فيه حرف النفي صار الثاني ايجابا آخر فصار الاجلين فتداخلا الا ترى ان من قال والله لا اكلم فلانا يوما ويومين فمدة المنع ثلثة ايام ولو قال يوما ولا يومين يكون ايجابين فيتداخلان فمدة المنع يومان●

قوله لان المستثنى يوم منكر فلما كان منكرا كان ما من يوم يمر بعد يمينه الا ويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فتقربها فيه من غير ان يلزمه شيء ثم لو صرف ذلك اليوم الى آخر السنة كان معينا وتغير كلامه من غير حاجة لا يجوز بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين لان اليمين يصح مع الجهالة كما اذا قال والله لا اتزوج امرأة بخلاف ما لو قال بنقصان يوم فانه يكون موليا لان النقصان لا يكون الا من آخر المدة فان قيل اذا قال لغيره والله لا اكلمك سنة الا يوما فان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر

وان آلى من المطلقة الرجعية كان مؤليا وان الى من المباينة لم يكن مؤليا لان الزوجية قائمة فى الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلوا نقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوت المحلية ولو قال لاجنبية والله لااقربك اوانت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن مؤليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه

السنة قلنا الحامل على اليمين الغيظ انه قائم فى الحال فيكون المنع من الكلام مرادا فى الحال فلذلك صرف اليوم المستثنى الى الآخره

قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان مؤليا لان الزوجية قائمة فان قيل الايلاء انما يتحقق باعتبار الظلم من الزوج يمنع حقها فى الجماع ولا حق للمطلقة الرجعية فى الجماع لاقضاء ولا ديانة حتى ان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلم يكن الزوج مانعا حقها فلا يكون ظالما فينبغي ان لا يترتب عليها جزاء الظلم قلنا شرعة الايلاء ثبت بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج فكانت المرأة هي الزوجة وفى المنصوص لا نعتبر المعنى **قوله** اذ اليمين منعقدة اي في حقه اي في حق الحنث لا في حق الطلاق وهذا لان الايلاء يمين تعلق ببرها الطلاق كانه قال ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق بائنا فاذا قال ذلك لاجنبية فقد حلف بالطلاق في غير الملك ولم يضف الى سبب الملك فبطل ايجاب الطلاق وبقي يمينا مطلقا لان اليمين يعتمد بصورة البر حسا لا ملكا شرعيا الا ترى انها تنعقد على الحرام والمعصية فينعقد هنا فاذا قربها لزمته الكفارة

ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة

وان كان المؤلي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة رتقاء او صغيرة لا تجامع

اوكانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه

فئت اليها في مدة الايلا فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي رحمه الله

تعالى عليه لا فئ الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمة الله تعالى عليه

قوله ومدة ايلاء الامة شهران وقال الشافعي رحمه الله مدتها كمدة ايلاء الحرة وهذا يبتني على اصل وهو ان عنده المدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء وعندنا شرعت اجلا للبينونة فشابهت مدة العدة فينتصف بالرق لانه من حقوق النكاح كذا في الايضاح **قوله** وان كان المؤلي مريضا الى آخره فان قيل ينبغي ان لا يصح ايلاء المريض لان الحكم بوقوع الطلاق عند انقضاء اربعة اشهر للحاجة الى دفع الظلم عنها لان الوقاع حق مستحق وبالامتناع بقوله والله لا اقربك يصير ظالما قلنا النص يقتضي صحة الايلاء من النساء مطلقا غير مقيد بوصف الصحة وفيما ذكر من التعليل ابطال حكم النص والتعليل بوجه يبطل حكم النص باطل لان الحكم في موضع النص ثابت بالنص لا بالعلة ولان المرض قد يطول وقد يقصر فكان هو ظالما اذ يران يقصر مرضه من اربعة اشهر فان قيل اذا كان بينهما مسيرة اربعة اشهر يقدر على الفئ بالجماع بان يخرج هو اليها وتخرج هي اليه فيلتقيان فيما دون اربعة اشهر قلنا الزوج لا يقدر على ذلك بنفسه والقدرة بالغير غير معتبرة اما على اصل ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه فظاهر فان الاعمى لا تجب عليه الجمعة عنده وان وجد قائدا واما عندهما ففيما نحن فيه لا يقدر الزوج على اكتساب سبب القدرة بخلاف مسئلة الجمعة ٭

لانه لوكان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولوقدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا

قوله لانه لوكان فيئا لكان حنثا لان المتعلق بالفيء حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الحكم الآخر ولكنا نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان وعند العجز عن الفيء بالجماع فكان الفيء بالجماع اصلا وباللسان بدلا منه لان الفيء عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار بمنع حقها في الجماع ففيئه بالرجوع عن ذلك بان يجامعها واذا كان عاجزا عن الجماع فلم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع فانه لاحق لها في الجماع في هذه الحالة وانما قصد الاضرار بايحاشها بلسانه ففيئه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما كذا في المبسوط **قوله** قبل حصول المقصود بالخلف وهذا لان المقصود من الفيء باللسان عدم ثبوت البينونة بمضي اربعة اشهر وذلك انما يترتب على مضي هذه المدة وقبل مضي هذه المدة اذا صح صار ظالما بمنع حقها في الجماع فبطل الفيء باللسان للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلوة **قوله** فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه لان امرأته حلال له وقوله انت علي

وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظها ر لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم اولم اردبه شيئا فهو يمين يصير به مؤليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عند نا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب ٥

حرام كذب وارادة الكذب من الكلام الكذب حقيقة له وذكر في المحيط وان قال نويت به الكذب فهو كذب ولا حكم له ويصدقه القاضي لانه فسر لفظه بما يقتضيه ظاهره وهو نظير مالوقال لامرأته انت حرة وقال اردت نعتها بالحرية لا الطلاق يدين في القضاء هكذا ذكر شمس الائمة الحلوائي رحمه الله ٥

قوله يصير به مؤليا لان اقل اسباب الحرمة اليمين لان حرمتها مغياة الى الكفارة بخلاف الحرمة بالطلاق وفي الظهار ان ارتفع حرمته بالكفارة لكن كفارة اليمين ايسر ولان الحرمة في اليمين لغيره بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار

قوله من غير نية بحكم العرف روي ان هذه المسئلة وقعت في عصر ابي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى فاشكل عليه وكان يقول في نفسه ينبغي ان لايقع الطلاق فكان يتفكر فيه اياما وكان مغتما في ذلك وكانت له ابنة صغيرة فقالت له يوما يا ابت مالي اراك مغتما فقال لها كت وكيت فقالت لاشك في هذا انه يقع الطلاق لما ان العرف ان الرجال يحلفون به دون النساء فلولم يكن طلاقا لحلفت به النساء ايضا والله تعالى اعلم بالصواب ٥

ع

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى

باب الخلع

الخلع بالفتح النزع يقال خلع ثوبه عن بدنه اي نزع وخالعت زوجها اذا افتدت منه بما لها والاسم الخلع بالضم قال الله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن فكانهما اذا فعلا ذلك نزعا لباسهما وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به والسنة وهي ما روي ان جميلة كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فجاءت الى رسول الله عم وقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال عليه السلام اتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال عليه السلام اما الزيادة فلا والاجماع الامة والمعقول وهو ان ملك النكاح معتبر يتمكن به من اقامة المصالح الكثيرة فيجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كملك القصاص وسواء كان بلفظ الخلع او الطلاق والمباراة او البيع بان يقول خلعتك على الف درهم او طلقتك على الف او بارأتك اوبعت نفسك او طلاقك على الف ففي الوجوه كلها لا يقع الطلاق الا بقبولها في المجلس لانها معاوضة قال اذا تشاق الزوجان اي اختلفا وتخاصما مشتق من الشق وهو الجانب وانما سمي به لان كل واحد من المتشاقين يأخذ شقا خلاف شق صاحبه وهذا كالتخاصم والتعادي لان كل واحد من المتخاصمين والمتعاديين يأخذ خصما وهو الجانب وعدوة وهي جانب الوادي خلاف جانب صاحبه ٭

قوله وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من مواجب الزوجة

فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا

قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على الرجل فيما اخذ وعلى المرأة فيما اعطت **قوله** فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة وفي احد قولي الشافعي رحمة الله تعالى عليه هو فسخ حتى لو خالعها بعد التطليقتين لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره عندنا خلافا له قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به بعد قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلا تحل له من بعد فلو جعلنا الخلع طلاقا لصارت التطليقات اربعا ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاء وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضي ايضا وذلك بالخلع كالبيع ولنا ما روى عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام قال الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه الا ترى انه لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم بان الملك الثابت به ضروري لا يظهر الا في حق الاستفاء والفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع عن الاتمام وكذلك في خيار العتق والبلوغ واما الخلع فيكون بعد تمام العقد والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال واما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثلثة بعوض وبغير عوض فبهذ الا يصير الطلاق رابعا **قوله** حتى صار من الكنايات اذا قال الرجل لامرأته خلعتك او خالعتك ونوى الطلاق يقع به الطلاق لانه يحتمل الطلاق لان انخلاعها يكون عن الثياب وعن الخيرات وعن النكاح فاذا نوى الانخلاع عن النكاح يصح ولما صار من الكنايات لابد من النية الا ان ذكر

ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير امرأة اختلعت على اكثر من المهر الذي تزوجها عليه والنشوز منها طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلونا بديا ووجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذوا النشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئآن الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

المال اغنى عن النية ههنا وفي الذخيرة واذا اخلع الرجل امرأته ثم قال لم انو به الطلاق فان لم يذكر بدلا صدق ديانة وقضاء وان ذكر بدلا بان قال لها خالعتك على الف درهم ثم قال لم امن به الطلاق لا يصدق *

قوله ولانها لا تسلم المال عطف على قوله لقوله عليه الصلوة والسلام الخلع تطليقة بائنة **قوله** لاطلاق ما تلوناه بديا اي فلا جناح عليهما فيما افتدت به **قوله** لان مقتضى ماتلوناه شيئآن الجواز حكما والاباحة الجواز قد يثبت بدون الاباحة فان البيع وقت النداء يجوز ولا يباح فالجواز ضده الفساد واريد بالجواز ههنا عدم الحرمة والاباحة ضدها الكراهة **قوله** وقد ترك في حق الاباحة لمعارض وهو قوله تعالى ولا تأخذوا منه شيئا وقوله عليه السلام اما الزيادة فلا فان قيل الاخذ فعل حسي وقد ورد النهي عنه بتأكيدات انأ خذونه وكيف تأخذون والنهي عن الافعال الحسية يعدم المشروعية فكيف بالمؤكدات فينبغي ان لا يكون الاخذ مشروعا اصلا فكيف جاز مع الكراهة قلنا النهي وان ورد في الفعل الحسي لكن هو لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا تعدم

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا او تعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة

قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا

المشروعية في نفسه كما في قوله عليه الصلوة والسلام لا تتخذوا ادوا بكم كراسي وانما قلنا ذلك لان المرأة تصرفت في مالها بالدفع الى الزوج باختيارها فمن اين يثبت عدم مشروعية الاخذ فان قيل حديث امرأة ثابت خبر الواحد واطلاق قوله تعالى فلا جناح يدل على حل الزيادة فكيف يعارضه خبر الواحد قلنا خص من الآية الفضل عن المهر اذا كان النشوز من قبله بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج فانه يكره الفضل بالاجماع فجاز تخصيصه بخبر الواحد •

قوله وانه طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق وانما وقع بالقبول ولم يتوقف على الاداء بدلالة ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول دون الاداء

قوله وكان الطلاق بائنا لما بينا وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها

وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما ذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهار الشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال ٠

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج

قوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر ولو كاتب على ميتة او دم فان الكتابة هناك باطلة حتى لو ادى لا يعتق ولا تجب القيمة كذا ذكره الامام الاسبيجابي رحمه الله قوله وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس ولهذا يصلح اقل من عشرة دراهم بدل الخلع ولا يصلح مهرا وفي المبسوط وان اختلعت منه بما في بطن جاريتها او بطون غنمها فهو جائز وله ما في بطونها بخلاف الصداق فان في مثله يجب مهر المثل وان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانه ما غرته فما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير ذلك من ريح او ولد ميت قوله فان قالت له خالعني على ما في يدي اراد باليد الجارحة لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره وذكر في المبسوط وان اختلعت بما في بيتها من شيء فهو جائز وكل ما في البيت في تلك الساعة فهو له لان بالاشارة الى المحل ينقطع المنازعة بينهما بحسب

فتعين ايجاب ماقام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة •

الجهالة وان لم يكن فيه شيء فلاشيء عليه بخلاف ما اذا اختلعت على ما في بيتها من متاع فله مافيه وان لم يكن فيه شيء فلا شيء له رجع عليها بالمهر الذي اخذت منه لانها غرته بذكرما هو مال متقوم ولا يمكن اثبات الرجوع بقيمة المتاع لانه مجهول الجنس والقدر ولا بقيمة البضع لانه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم •

قوله فتعين ايجاب ماقام به اي ما قام البضع به وهو المهر **قوله** ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة فان قيل ذكرت في كلامها حرف من وهو للتبعيض فينبغي ان يجب بعض الدراهم وذا درهم او درهمان كقوله ان كان في يدي من الدراهم الاثلثة فعبده حر وفي يده اربعة دراهم فانه يحنث قلنا من للتبعيض وقد يكون للبيان والتمييز ففي كل موضع تم الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على ضرب ابهام فمن للتمييز كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والا فللتبعيض وقولها خالعني على ما في يدي كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع ابهام لان ما في يدها قد يكون من انواع شتى فاذا قالت من الدراهم فقد بينت ما ابهمت فصار كانها قالت خالعني على الدراهم وقوله ان كان في يدي غير تام بنفسه حتى لا يجوز الاقتصار عليه فكان للتبعيض فان قيل هذا يستقيم اذا لم تكن الدراهم محلاة بالالف واللام اما اذا كانت محلاة بهما فينبغي ان يجب درهم واحد كما لو حلف ان لا يشتري العبيد او لا يتزوج النساء لان الجمع المعرف باللام كالمفرد المعرف باللام قلنا انما ينصرف الى الجنس اذا عري عن قرينة دالة على العهد كما في النظير وقد وجدت القرينة الدالة على العهد هنا وهو قولها على ما في يدي وهذا لان

وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرء وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلاشيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء

الدراهم جمع حقيقة وانما يتعطل معنى الجمعية عند ارادة الجنس للضرورة ولاضرورة هنا على انه انما ينصرف الى الجنس اذا امكن حمله على كل الجنس ولم يمكن هنا لاستحالة ان يكون كل الدراهم في يدها ٭

قوله وكلمة من ههنا صلة لا للتبعيض فكل موضع يصح الكلام بدونه يكون للتبعيض كما في مسئلة الجامع ان كان في يدي من الدراهم فعبده حر وفي كل موضع يختل الكلام بدونه كما في مسئلة الخلع يكون صلة لان قولها خالعني على ما في يدي دراهم بدون من يكون مختلا لان الموضع للتميز فحذف من هنا يختل بالمقصود بخلاف مسئلة الجامع فان الكلام فيها لايختل بدونه فاذا ذكر يجعل للتبعيض لتحصل فائدة جديدة قوله فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه اي على انه ان وجد العبد تسلم اليه وان لم يوجد فلاشيء عليها لم تبرأ ٭

ولہ ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا

قوله وله ان كلمة على للشرط اي تستعمل للشرط لان اصلها اللزوم فاستعير للشرط لانه يلازم الجزاء فصارت طالبة للثلث بالالف بكلمة هي للشرط فصار الطلقات الثلث شرطا لوجوب الالف فصار كانها قالت ان طلقتني ثلثا فلك الالف ولا يقال كلمة على دخلت على الالف فكيف يكون الطلاق شرطا قلنا صار كل واحد من الطلاق والمال شرطا لصاحبه فصار دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق بحكم الاتحاد وذكر في المبسوط وابوحنيفة رحمه الله يقول حرف على للشرط حقيقة لانه حرف التزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معنى الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز واذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزأ فجزأ وانما شرطت لوجوب المال عليها ايقاع الثلث فاذا لم يوقع لا يجب شيء وبه فارق بين البيع والاجارة لان معنى الشرط هناك تعذر اعتباره فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلذلك جعلنا حرف على فيها بمعنى الباء وقوله في الهداية وله ان كلمة على للشرط يحتمل انه اراد به ما ذكر في المبسوط من قول ابي حنيفة رحمه الله ان حرف على للشرط حقيقة ويحتمل ان يريد ان كلمة على في هذا الموضع للشرط لان كلمة على للاستعلاء وضعا يقول زيد على السطح فان تعذر يحمل على الالزام يقول عليه دين فان تعذر يحمل على الشرط لمناسبة بين الشرط والالزام ومعنى الالزام لها بمنزلة الحقيقة لان استعمالها بمعنى الالزام شائع مستفيض وفي الشرط معنى الالزام فصار كانه للشرط حقيقة ولهذا قال كلمة على للشرط *

ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة او مستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على مامر واذا لم يجب المال كان مبتدئا فوقع الطلاق ويملك الرجعة

ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى

قوله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا يريد به ان قوله على ان تدخلي الدار يفيد ان الدخول شرط فكذا على الف والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط فلا حاجة الى العدول عن الحقيقة بخلاف البيع والاجارة فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فيتعذر اعتبار الحقيقة فليستعار بمعنى الباء فان قيل يشكل هذا بما اذا قالت المرأة لزوجها طلقني وفلانة على الف درهم فطلقها وحدها فكان عليها حصتها من المال بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء قلنا انما حملت هنا على معنى الباء لانه لا غرض لها في طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها ولها في اشتراط ايقاع الثلث غرض صحيح **قوله** فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط حتى اذا قال انت طالق ثنتين ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فدخلت احديهما لا تطلق ولو كان متوزعا على اجزاء الشرط لوقعت تطليقة واحدة بمقابلة دخول دار واحدة وهذا لان الشرط علامة وقد جعل الكل علامة فلا يوجد المشروط حتى يوجد الكل ولان العوض يجب بالمعوض فينقسم عليه ولا يجب المشروط بالشرط ٭

ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولابد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة

قوله ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وهو كقوله انت طالق بالف اي في اشتراط القبول **قوله** ولابد من القبول في الوجهين اي فيما اذا قال انت طالق بالف وفيما اذا قال انت طالق على الف وفي الجامع الصغير التمرتاشي رحمه الله قال لامرأته انت طالق بالف او على الف او على ان تعطيني الفا او خلعتك على الف او بارأتك او طلقتك بالف يقع بالقبول في المجلس وهذا يمين من جهة الزوج فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهة المرأة مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس ولا يتوقف على البلوغ الى الزوج لانه تمليك المال من جهتها **قوله** والطلاق بائن لما قلنا اشارة الى قوله لانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها .

اذالاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان من المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف على انى بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد

قوله اذ الاصل فيها الاستقلال الا ترى انه اذا قال ان دخل فلان هذه الدار فانت طالق وضرتك طالق تطلق ضرتها فى الحال لافرادها بالخبر فصارت مستقلة بنفسها ولو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وعبدي حر فان العتق يتعلق ايضا بالدخول لان قوله وعبدي حر ان كان تاما لكنه في حق التعليق قاصر لان خبر الاول لايصلح خبرا بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه ان يقول وضرتك ان كان غرضه التعليق لان خبر الاول يصلح خبرا له ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق شرعا بمال وبغيره والكرام يأبون قبول بدل الخلع اشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فصلحت دلالة ولانه لما تردد بين الشرط والابتداء لايجب المال بالشك بخلاف قوله ادالي الفا وانت حر لان اول كلامه غير مفيد شيئا الا بآخره فانه يصير به تعليقا للعتق باداء المال وههنا اول الكلام ان صدر من الزوج بان قال انت طالق عليك الف درهم كان ايقاعا مفيدا بدون آخره فلاحاجة الى ان يحمله على الحال وان صدر منها فهو التماس صحيح منها على ماذكرنا فلهذا لا يحمل على واو الحال كذا ذكره الامام شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه ٭

والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ماوراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه امافي جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ماوراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بمالايتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

قوله والتصرفان وهما ايجاب الزوج وقبول المرأة اما ايجاب الزوج فانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لايقبل الفسخ واماقبول المرأة فانه شرط اليمين وكما ان اليمين لايقبل الفسخ فشرطها لايقبل الفسخ ايضا ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع من جانبها معاوضة حتى يصح رجوعها قبل قبول الزوج ولا يتوقف على ماوراء المجلس واما قبولها فمن جانبها شرط اليمين قلنا نعم قبول المرأة شرط في حق الزوج فاما في حق نفسه فتمليك مال جعل شرطا كرجل قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي الآخر هذا حر فانه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة عن ان يكون شرطا لليمين فكذا هذا

قوله ومن قال لامرأته طلقتك امس الى قوله ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه والقبول شرط الحنث فتم اليمين بلاقبول فلا يكون الاقرار باليمين اقرارا بشرط الحنث لصحتها بدونه فصار القول قوله لان الزوجين اذا اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج لانه منكر واما البيع فايجاب وقبول ولا صحة لاحدهما بدون الآخر

قال والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رح لا يسقط فيهما الا ماسمياه وابو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله في المباراة لمحمد رح ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لاغير ولابي يوسف رحمه الله ان المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلاضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبئ من الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه *

قال ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها

فصار الاقرار بالبيع اقرارا بما لا يتم الا به فاذا انكره فقد رجع عما اقر به فلا يصدق حتى لو قال لها بعتك طلاقك امس فلم تقبلي فقالت قبلت فكان القول قولها كما في بيع العروض وكذا لو قال لعبده بعتك نفسك بالف ولم تقبل وقال العبد قبلت كان القول قول العبد ولو قال اعتقتك امس على الف فلم تقبل وقال العبد قبلت كان القول قول المولى وهذا والطلاق سواء *

قوله والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح اي من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لو اختلعت منه بشيء مسمى معروف ولها عليه مهر وقد دخل بها اولا لزمها ما سمته وكان المهر للزوج

ثم يقع الطلاق في رواية ولايقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه

وكذا لواخذت المهر ثم خالعها قبل ان يدخل بها على شيء فهو جائز والمهر كله لها وكذا لو باراها على شيء لايتبع احدهما صاحبه بشيء من المهر وكذا لوقبضت منه نصف المهر واقل او اكثر ثم اختلعت منه بدراهم مسماة او بثوب معروف قبل ان يدخل بها فللزوج ما سمت له في الخلع ولاسبيل لاحدهما على صاحبه من المهر وكذا لو وقع على مائة درهم من المهر والمهر كله على الزوج او في يد المرأة لايتبع صاحبه بشيء من المهر وكذا لوكان المهر عبدا بعينه في يده اوفي يدها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله تعالى لايسقط فيها الاماسماه وايهما كان له قبل صاحبه شيء من المهر رده عليه وابويوسف مع محمد رحمه الله في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله في المباراة واما نفقة العدة فان شرطت في الخلع والمباراة يسقط اجماعا والا لايسقط اجماعا واما نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع فلايقع البراءة عنها ان لم يشترط ذلك في الخلع والمباراة اجماعا وان شرطت ان وقت لذلك وقت كسنة ونحوها جاز ان لم يوقت لم يجز ولم يقع البراءة عنها.

قوله ثم يقع الطلاق في رواية لانه لوعلق الطلاق بقبول الاب ولوعلق الطلاق بشرط وهوفعل الاب كدخول الدار يقع الطلاق ان وجد الشرط كذاهنا وفي رواية لايقع الطلاق الا اذا قبلت الصغيرة لان الاب اذا لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعا مع البنت كانه خاطب البنت بذلك فيتوقف على قبولها والاول اصح **قوله** وان خلعها على الف وهي صغيرة على ان الاب ضامن للالف فالخلع واقع والالف عليه ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لايستحق مالا على الصغيرة فلايكون كفالة ولكن المراد هنا بالضمان التزام المال ابتداء لابجهة الكفالة وان لم يكن الضمان شرطا في الخلع وكان معطوفا لم يصح الخلع والضمان ولم تطلق

لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولايسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

قوله لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وابضاعا وايداعا ولاولاية للاجنبي عليه وانما جاز اشتراط بدل الخلع على الاجنبي ولم يجز اشتراط بدل العتق لان الاجنبي بمنزلة المرأة في الخلع من حيث ان المال يجب على المرأة في الخلع من غير ان يسلم لها شيء لان الطلاق ازالة الملك المتعة واسقاط لعقد النكاح لان ملك النكاح ضروري يظهر في حق الاسقاط فحسب فلم يحصل لها في الطلاق شيء ليصير اثباتا فنزل الاجنبي في تحمل ذلك المال منزلتها حيث لا يسلم لكل شيء واما في العتق فالمال شرع على العبد باداء ما سلم له من القوة اذ هو عبارة عنها يقال عتق الطير اذا قوي وعتقت البكر اذا قربت وادركت فصار الاعتاق اثباتا للقوة الشرعية بعدما كانت معدومة والقوة معنى يثبت فيه فلا يجوز ان يكون هو حاصلا للعبد ثابتا فيه وعوضه مستحق على غيره فصار كالبيع فلا ينزل الاجنبي منزلته في ذلك ولهذا الزمته قيمته في العتق على الخمر واعتاق احد الشريكين واعتاق الراهن المستعير ولا يقال بانه حصل لها الخلاص عن قيد النكاح وهو نوع قوة فكان كالاعتاق لان الطلاق لرفع النكاح والنكاح يوجب قيدا اولا يسلب المالكية والاعتاق لازالة الرق وهو ثابت في المحل على الكمال وسلطان المالكية ساقط به فصار الاعتاق اثباتا القوة بعد العدم والطلاق ازالة للقيد لتعمل القوة عملها فصح انه اسقاط والاعتاق اثبات

قوله ان كانت من اهل القبول بان كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها

وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس تلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لاشيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها والله اعلم بالصواب *

قوله وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان لم يقبل وقبل الاب عنها هل يقع الطلاق فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ثم قيل تأويل المسئلة ان خالعها على مال مثل مهرها اما لو خالعها على الصداق لم يجز الخلع اصلا لانه مال مملوك لها وليس للاب ولاية ابطال ملكها باداء ما ليس بمتقوم ولا معتبر بضمانه في ذلك والاصح ان الخلع على مهرها وعلى مال مثل مهرها سواء لانه وان سمى المهر في الخلع فانما يتناول العقد مثله وضمان الاب اياه صحيح فبعد ذلك ينظر ان كان المهر الف درهم لزمه الالف قياسا ان كان قبل الدخول وفي الاستحسان لزمه خمسمائة ولها على الزوج خمسمائة واصله ان المرأة الكبيرة اذا تزوجت بالف ثم اختلعت بالف قبل الوطيء ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لاشيء عليها لان العادة جرت بين الناس انهم يريدون به ما يلزمه لها وبدل الخلع اذا اضيف الى اجنبي شرط قبوله وان اضيف الى المرأة او الى الغير لكن المرأة خاطبت او لم يضف الى احد شرط قبولها لانها اولى اذ الملك يسقط عنها **قوله** وان قبل الاب عنها ففيه روايتان هذا القبول هو في معنى الشرط في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة وفي رواية لايصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين اذ لا يحتمل النيابة وهذا اصح والله اعلم

صلا

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطئها ولامسها ولاتقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله و نقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا

باب الظهار

هو في الشرع عبارة عن تشبيه المنكوحة بامرأة محرمة على التأبيد و ركنه انت علي كظهر امي وشرطه ان يكون المشبه منكوحة حتى لا يصح الظهار من امته واهله من هو اهل الكفارة حتى لا يصح ظهار الذمي والصبي وحكمه حرمة الوطي الى غاية الكفارة مع بقاء اصل الملك كما في حال الحيض والاصل فيه قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا نزلت الآية في خولة امرأة اوس بن الصامت رآها وهي تصلي وكانت حسنة الجسم فلما سلمت راودها فابت بغضب فظاهر منها فاتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان اوسا تزوجني وانا شابة مرغوبة في فلما خلاسني ونثرت بطني جعلني عليه كامه وروي انها قالت له ان لي صبية صغارا ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا فقال عم ماعندي في امرك شيء وروي انه قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت ۔

قوله والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله وهو التحريم ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح

فتناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطئ اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما فى الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيئ عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيئ آخر واجبا لنبه صلى الله عليه وسلم عليه ه

قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا ان شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لان هن فى التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن و يثبت الحكم فى الشائع ثم يتعدى كما بيناه فى الطلاق

قوله فتناسب المجازاة عليها بالحرمة لان تحريم الحلال يصلح جزاء للجناية قال الله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات احلت لهم ويناسب ان تكون الكفارة رافعة للحرمة لانها حسنة قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيآت ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس فى القرآن كناية عن الجماع الا انا نقول التماس حقيقة للمس باليد فهو على الحقيقة حتى يقوم الدليل على المجاز **قوله** وهذا اللفظ وهو قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا قال ابو يوسف رحمه الله وكذا لو قالت لزوجها انت علي كظهر امي لانه تحريم يرتفع بالكفارة **قوله** وكذا ان شبهها بمن لا يحل

ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام و نوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لاغير فعند ابي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على مانوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد رحمة الله تعالى عليه ظهار

له النظر اليها على التأبيد من محارمه بنسب او رضاع او مصاهرة ولو شبهها بظهر اجنبية لايكون مظاهرا لانها تحل له بالعقد ولو قال انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او ابنة المزني بها لايصير مظاهرا لان بالزنا لا تثبت حرمة المصاهرة عند الشافعي رحمه الله فتكون حرمته غير قطعية فلايمكن الحاقها بالمنصوص اطلقه في الشافي وفي الكفاية يكون مظاهرا عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله •

قوله ولو قال انت علي مثل امي اوكامي يرجع الى نيته الخ قوله وان عني به التحريم لاغير فعند ابي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين اذ الحرمة في اليمين المغير بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار ولان كفارة اليمين

والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد رحمه الله اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه يكونان جميعا قد عرف في موضعه

ادنى من كفارة الظهار وهذا آية التفاوت في الحرمة ولان حرمة الايلاء ترتفع بالحنث بدون اداء الكفارة وحرمة الظهار لا ترتفع الا باداء الكفارة ولان سبب الحرمة في الظهار منكر من القول والحرمة الثابتة بالايلاء بسبب مشروع في الجملة لان اليمين مشروع في الجملة فاذا كان السبب اقوى في الحرمة كان الحكم اقوى ضرورة *

قوله والوجهان بيناهما وهو ما قال ابو يوسف رحمه الله في قوله انت علي مثل امي ونوى التحريم لا غير يكون ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه يختص به **قوله** وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان جميعا يعني يقع الطلاق بنيته و يكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في القضاء في صرف الكلام عن ظاهره بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة اخرى اياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف فان الطلاق ان وقع بقوله انت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعدما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام فلما ان اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين كذا في المبسوط وذكر في تقرير الظهير رده جواب ابي يوسف عن هذا فقال جاز ان يصح ظهارا لمبانة على قوله وكذا روي عنه رواية منه على صحة ظهار المبانة *

لابي حنيفة رحمه الله انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه **قال** ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول وزورا

قوله ولابي حنيفة رحمه الله انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره لان معنى قوله انت علي كظهر امي انت علي حرام كظهر امي فيكون الحرام تفسيرا للظهار والشيء لا يتغير بتفسيره كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله **قوله** ثم هو محكم وهذا لان الحرمات انواع حرمة الايلاء وحرمة الطلاق وحرمة الظهار وقد ترجحت حرمة الظهار على ما عداها بالتشبيه بظهر الام فكان القول محكما في حرمة الظهار فيحمل المحتمل على المحكم بخلاف ما اذا قال انت علي حرام كامي حيث تصح نية الطلاق لان الظهار مفسر بقوله انت علي كظهر امي ولا يكون مفسرا في الظهار في الاول دون الثاني الاترى انه لو صح نية الطلاق في قوله انت علي كظهر امي يلزم رد حكم النص لان هذا القائل داخل تحت قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم **قوله** ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة وهذا لان حرمة الظهار عرف بنص القرآن معلولا بقوله منكرا من القول وزورا باعتبار ان النكاح شرع لافادة حل الوطيء الذي هو سبب التوالد والتناسل فكانت الزوجة في اعلى درجات الحل بحيث لا يجوز تخلف الحل عنها فلما شبهها التي في اعلى درجات الحل بمن هي في اعلى درجات الحرمة كان منكرا من القول وزورا والحل في الامة تابع ولا يكون مقصودا ولهذا جاز تخلف الحل

والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة ثبتت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة اسم الله ولم يتعدد ذكر الاسم والله تعالى اعلم بالصواب *

من ملك اليمين فلم يكن تشبيهها بالام في كونه منكرا مثل تشبيه المنكوحة بالام فلم تلحق بالمنكوحة في حكم النص *

قوله والظهار ليس بحق من حقوقه وهذا لان الظهار مثبت للحرمة والنكاح مثبت للحل وبينهما تناف وكذا النكاح مشروع والظهار محرم فلا يصلح ان يكون غير المشروع من حقوق المشروع وتوابعه **قوله** بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك وهذا لان حق الملك ما يتأكد به الملك والملك يتأكد بالاعتاق لانه ينتهي به والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد ولهذا يثبت له الولاء **قوله** بخلاف الايلاء منهن بان قال والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا واما اذا قرب الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارة واحدة لان ذكر الله تعالى لم يتعدد لانه قال مرة واحدة والله لا اقربكن والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب **قال** وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطيء ليكون الوطي حلالا ه

قال وتجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله تعالى كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة

فصل فی الكفارة

قوله قال وكفارة الظهار عتق رقبة اي اعتاقها فان العتق ينوب عن الكفارة الاترى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لاتخرج عن عهدتها **قوله** وتجزي في العتق الرقبة الكافرة وعند بعض المشائخ رحمهم الله لايجوز اعتاق المرتد عن الكفارة لانه بالردة صار حربيا ولهذا احل قتله وصرف الكفارة الى الحربي لا يجوز **قوله** اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه وقوله من كل وجه يتعلق بالمرقوق لان المدبر لا يجوز لنقصان رقه والمكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز لكمال رقه وان لم يكن مملوكا من كل وجه **قوله** ونحن نقول المنصوص عليه اي اعتاق الرقبة وقد تحقق ان لفظ امر تحرير رقبة وهي نكرة

و قد تحقق و قصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال
به الى سوء اختياره و لا تجزي العمياء و لا المقطوعة اليدين او الرجلين لان
الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة
فهو غير مانع حتى تجوز العوراء و مقطوعة احدى اليدين و احدى الرجلين من
خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من
جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر و يجوز الاصم
والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا
الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا
بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزئه و لا يجوز مقطوع ابهام اليدين لان قوة
البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة و لا يجوز المجنون الذي لا يعقل
لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع

فبخص في الاثبات وقد ارتدت بها المؤمنة فبطلت الكافرة لان الكفر والايمان
ضدان قلنا جواز المؤمنة لانها رقبة لا لانها مؤمنة الا ترى انا نجوز الصغيرة
والكبيرة وبين صفتي الصغر والكبر تضاد ٭

قوله وقصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله فلا يجوز
صرفها الى عدوه قلنا قصد المكفر ان يتمكن من الطاعات نحو الزكوة والحج والجهاد [illegible]
والشهادة ثم مفارقة العبد المعصية تضاف الى سوء اختيار العبد فلا يخل بذلك [illegible]
فان قيل قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون نهي ان [illegible]
ولا خبث اشد من الكفر قلنا الكفر خبث من حيث الاعتقاد والصورة [illegible]
المالية من حيث المالية [illegible] قوله حتى تجوز العوراء

والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولايجزي عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهته فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح له انه استحق الحرية بجهة الكتابة

وقال الشافعي رحمه الله تعالى لايجوز لانها ناقصة نقصانا لا ترجي زواله فكانت كالعمياء والاصل عنده ان كل عيب لايرجى زواله يكون فاحشا يمنع جوازا لتكفير به وكل عيب يرجى زواله يكون يسيرا لا يمنع جواز التكفير به كالحمى والشجة ويجزى الخصي ومقطوع الاذنين ومقطوع المذاكير عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فات جنس المنفعة ولهذا يجب كمال الدية قلنا بعد الاذنين الشاخصتين السمع باق وانما يفوت ما هو زينة وجمال فلا يصير الرقبة مستهلكة كفوت شعر اللحية والحاجبين و في الخصي ومقطوع المذاكير انما تفوت منفعة النسل وهي زائدة على ما يطلب من المماليك ؛

قوله والذي يجن ويفيق يجزيه يريد به اذا اعتقه في حال افاقته وروى ابراهيم عن محمد رحمه الله تعالى اذا اعتق عبدا حلال الدم قد قضي بدمه عن ظهار ثم عفي عنه لم يجز كذا في المحيط قوله ولايجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المرقوقة عرفا وقد دل على الرق قوله تعالى فتحرير رقبة فيقتضي قيام الرق مطلقا وبالاستيلاد يتمكن النقصان في الرق حتى لايعود الى الحالة الاولى بحال ولان قوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي انشاء العتق من كل وجه واعتاق ام الولد تعجيل لما صار مستحقا لها فلا يكون انشاء من كل وجه هكذا في المبسوط

فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

وانما صار العتق ناقصا بنقصان الرق لان العتق ضد الرق لاضد الملك لان الملك ثابت في الثياب ولايثبت العتق فيها والاعتاق ازالة الرق واثبات القوة فكماله بكمال الرق او لضعف الحكمي فان قيل الاعتاق ازالة الملك عند ابي حنيفة رحمه الله والملك فيهما كامل فنقصان الرق لا يمنع كمال الاعتاق قلنا هذه الرواية ممنوعة وبعد التسليم الاعتاق ازالة الملك المستلزمة لزوال الرق وانما كان اعتاقا لزوال الرق لا لزوال الملك بدليل انه لايتصور الاعتاق بدون رق المحل ولو كان الاعتاق ازالة الملك لوجب ان يصح في مملوك لارق فيه ٭

قوله فاشبه المدبر اي على مذهبكم فعند الشافعي رحمه الله تعالى بيع المدبر جائز فكيف لا يجوز اعتاقه من الكفارة فكان هذا منه استدلالا بمذهبنا احتجاجا علينا

قوله ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا وهو قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ولايتمكن النقصان في رقه ولايصير العتق مستحقا له بسبب الكتابة لان حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الاداء ولو علق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل اولى لان التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لايمنع ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكما ان ثبوت الحرية من كل وجه لا يحتمل الفسخ فكذا ثبوتها من وجه لان حق العتق لايحتمل الفسخ كحقيقته كالتدبير والاستيلاد بخلاف المكاتب الذي ادى بعض البدل لانه تحرير بعوض وبه لا يتأدى الكفارة لانها عبادة فلابد ان يكون خالصة لله تعالى ومتى كان بعوض لم يكن خالصا لانه يكون تجارة٭

والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان ما نعاينفسخ مقتضى الاعتاق اذهو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى

قوله والكتابة لا تنافيه اي لاتنافي الرق لان موجب الكتابة فك الحجر في حق المكاسب وذا لا يتمكن نقصانا في رقه كالاذن في التجارة وانما لم يستبد المولى بالفسخ لانه فك بعوض فيكون لازما والمكاسب غير الرقبة والتصرف فيها لازما وغير لازم لا يمكن نقصانا في الرق والملك كالاعارة والاجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه ويلزمه العقر والارش لان ذا يرجع الى المكاسب والمنافع وهي مستحقة له فاذا لم يكن نقصانا في الرق لا يمنع من التحرير للتكفير لانه ازالة الرق ولئن كان مانعا فانه ينفسخ ضمنا للاعتاق لانه قابل للفسخ برضى المكاتب وقد وجد الرضاهنا دلالة لانه لما رضي بحصول العتق ببدل لان يرضى بحصوله بلا بدل اولى **قوله** الا انه يسلم له الاكساب جواب سؤال بان يقال لو انفسخت الكتابة لماسلمت له الاكساب والاولاد لان سلامتهما موجب حصول العتق بجهة الكتابة قلنا انما سلم له الاكساب والاولاد لانه عتق وهو مكاتب لا لانه عتق بجهة الكتابة كما لو كانت ام ولده ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد ويسلم لها الاكساب والاولاد وهذا لان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من المولى يختلف جهاته وفيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفي حق المولى يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة

فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رحمه الله ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق

اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء ويجعل هبتها في حق الزوج تحصلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة كذا في المبسوط اوتقول الملك ضروري والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فظهور في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاولاد والاكساب لانه لاد لالة على الرضاء به ان قبل الملك انتقص بالكتابة حتى لا يدخل تحت المملوك المطلق قلنا الملك [illegible] عليه وانما شرط الملك ضرورة ان العتق لا ينفذ الا فيه فشرط بقدر ما يتأدى [illegible] هو ملك الرقبة لا المنفعة وهذا لان الاعتاق لازالة الرق وملك الرقبة [illegible] وهما كاملان للمامور وانما خرج عن ملك اليد والاعتاق لا يتصل به د

قوله فان اعتق نصف عبد مشترك الى قوله بخلاف ما اذا كان معسرا حيث لا يجوز بالاتفاق

فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولايوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لايقع عن الظهار لمافيه من ابطال ما اوجبه الله والصوم في هذه الايام منهي عنه فلاينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاعامدا اونهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابويوسف رحمه الله لايستأنف لانه لايمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه

وكان ينبغي ان يجوز عندهما لان الاعتاق لايتجزى عندهما فيكون حرا مديونا لكن لما وجب عليه السعاية في نصيب شريكه كان اعتاقا بعوض فلا يجوز عن الكفارة ولا يجب عليه شيء اذا كان المعتق موسرا وقد عتق الكل لان الاعتاق لايتجزى عندهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق يتجزى فانما عتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة وقد تمكن النقصان في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان وقع في ملك شريكه وليس من الاداء اذ لا اداء قبل الملك وبالضمان صار ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير وصار كانه اعتق عبدا الا شيئا منه فان قيل المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى وقت وجود السبب فصار نصيب الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه قلنا الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما فيمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم يجزه **قوله** فكفارته صوم شهرين متتابعين فان صام شهرين بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام بغير الاهلة ثم افطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه الاستيناف **قوله** ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق وينقطع التتابع بتخلل هذه الايام **قوله** ليلا عامدا ليس بقيد لان العمد

ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس و ان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف وان افطر منها يوما بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة

والنسيان في الليل سواء وقد نص عليه في شرح الطحاوي فقال ولو جامعها بالليل ناسيا او عامدا وقوله او نهارا ناسيا احتراز عن العمد فانه اذا جامعها بالنهار عامدا فسد صومه وانقطع التتابع فيجب عليه الاستيناف بالاتفاق لانقطاع التتابع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط *

قوله ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص يعني ان الواجب عليه صوم شهرين متتابعين قبل التماس ومن ضرورة كونهما قبله اخلاؤهما عنه فاذا وطئها فقد تعذر صومهما قبل التماس ولم يتعذر اخلاؤهما عنه وبان سقط عنه احد الشرطين لعذر لا يسقط عنه الآخر وقد امكن اعتباره فان قيل الخلو عن المسيس ثبت ضمنا لاشتراط القبلية وقد سقط اعتبارها في هذه المسئلة فسقط ما في ضمنها قلنا لم يسقط اعتبارها في هذه المسئلة فان الحكم لا يتبدل بمعصية العبد بل الكفارة بعد ما جامعها مشروطة بشروطها الا انه لا يؤخذ بفعل عجز عن اقامته كالا تؤخذ المرأة بالتتابع ايام الحيض في صوم شهرين متتابعين لا بسقوط شرط التتابع بل لعجزها عن الاقامة مع قيام الخطاب حتى لزمها اقامة التتابع بسائر الوجوه التي يقدر عليها ولما كان شرط القبلية قائما بقي ما في ضمنه من الخلو والسقوط كان بالعجز فسقط ما عجز عنه دون ما قدر عليه كالمرأة في اقامة شرط التتابع كذا في الاسرار وذكر في شرح الطحاوي ان المرأة اذا صامت عن كفارة الافطار وكفارة القتل فحاضت في خلال ذلك فانها لا تستقبل الصيام ولكنها تصل ايام القضاء بعد الحيض لانها لا تجد صوم شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو نفست استقبلت ولو افطرت يوما بعد

وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر او منوين من تمر او شعير جاز

الحيض يستقبل ولو كانت تصوم عن كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك فانها تستقبل الصيام لانها تجد صوم ثلثة ايام لا حيض فيها ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق ويكون صومه تطوعا لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فانتقض حكم البدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلوة والافضل ان يتم صوم هذا اليوم ولو لم يتمه وافطر لا يجب عليه القضاء عندنا وقال زفر رحمه الله يجب عليه القضاء ولو قدر على الاعتاق بعد غروب الشمس في آخر اليوم جاز صومه عن كفارته *

قوله وان ظاهر العبد الى قوله فلا يصير مالكا بتمليكه فان قيل ينبغي ان يثبت العتق في ضمنه اقتضاء قلنا انما يصح ذلك ان لو كان تبعا والعتق اصل الاهلية فلا تثبت اقتضاء **قوله** او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها باعتبار القيمة اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت اكثر من الآخر او مثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ نصف صاع من حنطة لا يجوز ولو ادى اقل من نصف صاع حنطة تبلغ صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه

لحصول المقصود اذ الجنس متحد

ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لايكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر كذا في المحيط وهذا لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غير المنصوص عليه فان قيل يشكل على هذا ما لو كسا عشر مساكين ثوبا واحدا في كفارة اليمين جاز عن الطعام اذا كان قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام قلنا لايرد علينا ذلك لان المنصوص عليه هنا لك في الكسوة والكسوة ما يحصل به الاكتساء وبعشر الثوب لا يحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المؤدى منصوصا عليه فيعتبر المعنى فيه فكان هذا طرد الانقضاء لانا قلنا ان اعتبار معنى النص في غير موضع النص وهذا في غير موضعه لما قلنا فيجوز ولان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام فللمغايرة تجوز اقامة احدهما مقام الآخر والمقصود باصناف الطعام واحد واعتبار عين المؤدى فيه اولى كذا في المبسوط ٠

قوله لحصول المقصود اذا الجنس متحد اي من حيث الاطعام ورد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر وانما علل هنا باتحاد الجنس لانه اذا اختلف الجنس لايجوز تكميل احدهما بالآخر حتى انه اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة ارخص من الطعام لم تجزه لان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا ترى ان الاباحة تجوز في احدهما دون الآخر ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا والمنصوص عليه ثلثة انواع لا غير ذكره في ايمان المبسوط واما اذا اعتق نصف رقبة وصام شهرا واطعم ثلثين مسكينا لايجوز لان نصف الرقبة ليس برقبة واكمال الاصل بالبدل غير ممكن فانهما لايجتمعان فكيف يتحقق اكمال احدهما بالآخر فان قيل يشكل على قوله اذ الجنس متحد ما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان

وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا

بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منها لا يجوز عن الكفارة مع ان الجنس متحد من حيث الاعتاق قلنا انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بخلاف الاضحية فان الرجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن اضحيتهما جاز لان الشركة لا تمنع الاضحية كما في البدنة ٭

قوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى وفي الكافي وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل جاز لانه صار مملوكا منه اقتضاء وقد وجد القبض المتمم للتمليك وهو قبض الفقير لانه يقبض له اولا نيابة عن الآمر ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه منه كما لو امره صريحا بالقبض فقبضه ثم امره بان يصرفه الى نفسه كفارة ولا يكون للمأمور ان يرجع على الآمر في ظاهر الرواية لانه يحتمل القرض والهبة فلا يرجع بالشك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان الكفارة كانت دينا عليه فاعتبرت بديون العباد وقوله في الكتاب لانه استقراض معنى وقع على قول ابي يوسف رحمه الله قوله فان غداهم وعشاهم الرواية بالواو وعشاهم لا باو لان احدهما لا يجزي وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وفي بعض نسخ الهداية فان غداهم او عشاهم اراد به غداهم غدائين او عشاهم عشائين وفي المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما الغدآن او العشآن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه اذا غدا ستين مسكينا وعشا آخرين لا يجوز ذكره في المحيط قوله قليلا اكلوا او كثيرا اي بعد ما شبعوا فالمعتبر فيه الشبع لا المقدار

وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا تنوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا لا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام

قوله وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التمليك والاصل ان الاباحة تصح في الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية دون الصدقات كالزكوة وصدقة الفطرة والحلق عن الاذى والعشر فانه يشترط فيه التمليك والضابط ان ماشرع بلفظ الاطعام والطعام تجوز فيه الاباحة وما شرع بلفظ الايتاء والاداء يشترط فيه التمليك وقال الشافعي رحمه الله يشترط التمليك في الكفارات ايضا اعتبارا بالكسوة فانه لو اعار ثيابا للمساكين فلبسوا بنية الكفارة لا يجوز والجامع انه احد انواع التكفير اعتبارا بالصدقات وهذا لان الاطعام يذكر للتمليك عرفا يقول الرجل لغيره اطعمتك هذا الطعام اي ملكتكه والغرض دفع حاجة الفقير والتمليك ادفع لحاجته واغناؤه وذا يحصل بالتمليك دون التمكين ولنا ان المنصوص عليه الطعام وحقيقة ذلك في التمكين من الطعام اذ الاطعام فعل متعد لازمه طعم اي اكل والاطعام جعله آكلا كسائر افعال تعدت بالهمزة مادام لم يكن مطاوعة ملكا لم يكن متعدية تمليكا من شرط التمليك تعديا على النص فان قيل الاطعام لا يخلوا اما ان يكون حقيقة للتمليك والاباحة او يكون حقيقة لاحدهما مجازا للآخر او يكون مجازا لهما اياما كان لا يكون الاباحة مرادة لانه يلزم

وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره

تعميم المشترك اوالجمع بين الحقيقة والمجاز اذالتمليک مراد اجماعا قلنا انما جاز التمليك عندنا بدلالة النص والعمل بدلالته النص لايمنع العمل بحقيقته الا ترى ان شتم الوالدين حرام بدلالة النص واصله قائم ووجه الدلالة ان الاباحة جزء من التمليک تقديرا لان حوائج المساكين كثيرة والملك سبب لقضائها فصارالتمليک كقضائها كلها والاكل من هذه الحوائج فتناول النص جزءها فصحت تعديته الى كلها لاشتماله على المنصوص عليه وغيره فيكون عملا بالنص معنى بخلاف الكسوة فان النص ثمه تناول التمليک لانه جعل الثوب هناک كفارة اذ الكسوة اسم للثوب فيوجب التكفيربعين الثوب وانمايكون كذلك بالتمليک دون الاعارة لانها تصرف في المنفعة فكان النص ثمه واقعا على التمليک الذي هوقضاء لكل الحوائج فلم تصح تعديته الى جزئها وهوالاباحة وبخلاف الصدقات فان الواجب ثمه الايتاء والاداء وهما ينبيان عن التمليك وا ما صدقة الحلق على الاذى فعند محمد رحمة الله تعالى عليه يشترط فيها التمليك لان المنصوص عليه الصدقة فينصرف الى التمليك كصدقة الفطر وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه تجوز فيها الاباحة لانها كفارة فاعتبرت بسائرالكفارات •

قوله فان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا يجوز

وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع

قوله وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وذكر في المحيط وهو الصحيح لانه بعد ما استوفى وظيفته في هذا اليوم لا يحصل سد خلته تصرف وظيفة اخرى في هذا اليوم اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه تختلف احوال الناس فيه فلا يمكن تعلق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام فيه مقام تجدد الحاجة تيسيرا وقد قيل يجزيه لان الحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز ذلك في يوم واحد كما يجوز في الايام بخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان الواجب عليه تفريق الفعل بالنص فاذا اجمع لا يجزيه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة كذا في المبسوط

ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية فالمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر

ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر واطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة

وان اعتق عنهما رقبة واحدة وصام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء

وان اعتق عن ظهار وعن قتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده

قوله ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لانها شرعت للتمييز بين الاجناس المختلفة اذ في الجنس الواحد لا يختلف الغرض فلا يحتاج الى التمييز والتصرف اذا اخطأ محله يلغو واذا لغت نيته عددا لاتحاد الجنس بقيت نية مطلق الظهار والمؤدي صلح كفارة واحدة لان نصف الصاع لبيان ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا كانتا جنسين لان نية التعيين معتبرة فاستقام وقوعه عنهما وبخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في المرة الثانية كمسكين آخر فاما اذا لم يفرق فقد زاد في الوظيفة فنقص عن المحل فلا يجزيه الا بقدر المحل كما لو اعطى ثلثين مسكينا في كفارة واحدة كل مسكين صاعا وبيان ذلك ان الواجب عليه في كل كفارة اطعام ستين مسكينا فمحل اطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينا وقد نقص عن المحل وزاد في الواجب لان الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد ادى صاعا

ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة باختلاف السبب فنظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التمييز والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو اراد به تعميم الجنس بالنية الاترى انه اذا عين ظهار احدهما للتكفير صح ويبطل ظهارها حتى جاز له قربانها كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** وفي الجنس المختلف كما اذا اعتقت عن كفارتي ظهار وقيل لا يجوز بعينه عن احدهما بعد ذلك **قوله** فنظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين فان قيل اذا نوى ظهرين من يومين فانه لا يجوز عن واحد وان اتحد الجنس قلنا انما احتيج الى نية التعيين لكل يوم لان وقت الظهر من اليوم الثاني غير الاول حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب ما علق بوقت يجمعهما بل علق بدلوك الشمس والدلوك في اليوم الثاني غير الدلوك في اليوم الاول وفي رمضان علق بالشهر وهو واحد فلا جرم يحتاج الى تعيين يوم السبت او الاحد حتى قال في قضاء يومين من رمضانين لشرط التعيين ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة جنازة لم يكن شارعا في واحد منهما للتنافي وعدم الرجحان ولو نوى ظهرا ونفلا لم يصر شارعا صلا عند محمد رح لانهما يتنافيان وعند ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله يقع عن الظهر لانه اقوى ولو نوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع او الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد رحمه الله في الكل لان النيتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية فصار نفلا وعند ابي يوسف رحمه الله يقع عنه الاقوى لانه لما تعارضت النيتان وجب الترجيح بالاقوى وهو الفرض او الواجب ولو نوى حج الاسلام والتطوع فهو حج الاسلام اتفاقا اما عند ابي يوسف رحمه الله فظاهر واما عند محمد رحمه الله فلان النيتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية وبا طلاق النية يتأدى حج الاسلام والله اعلم ٭

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم

باب اللعان

هو مصدر من لاعن يلاعن ملاعنة ولعانا واصل اللعن الطرد وفي الشرع عبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الاربع واللعن والغضب سمي الكل لعانا لماشرع فيهما من اللعن كالصلوة يسمى ركوعا او سجودا لذلك وركنه الشهادات الصادرة منهما وشرطه قيام الزوجية وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبي واهله من كان اهلا للشهادة عندنا وعند الشافعي رحمه الله من كان اهلا لليمين وحكمه حرمة الاستمتاع كما فرغا من اللعان ولكن لا تقع الفرقة بنفس اللعن عندنا حتى لوطلقها في هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لوكذب الرجل نفسه حل له الوطئ من غير تجديد النكاح بمنزلة مالواسلم احد الزوجين يحرم الوطئ ولا تقع الفرقة قبل التفريق ۔

قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة ذكر في الاسرار والاهل من هو اهل لاداء سائر الشهادات فان قيل يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الاعميين او الفاسقين قلنا هما من اهل الشهادة ولهذا لوقضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز

قوله والمرأة ممن يحد قاذفها شرط ذلك في جانبها لانها وان كانت من اهل الشهادة ربما كانت ممن لايحد قاذفها بان كانت زنت وحدت وقيل اذا كان معها ولد ليس له اب معروف لايجب اللعان وان كانت من اهل الشهادة

والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لابد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ٭

قوله والاستثناء انما يكون من الجنس استثنى انفسهم من الشهداء فثبت ان الزوج شاهد لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وعند الشافعي رحمه الله ايمان مؤكدة بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نقوله بالله محكم في اليمين والشهادة محتمل اليمين فانه لو قال اشهد كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم **قوله** ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف يعني انما قرن باللعن لقيامه مقام حد القذف في حقه في زعم المرأة اذ كل واحد من الحد والاستشهاد بالله كاذبا مع اللعن على نفسه سبب الهلاك وكذلك في حق المرأة بمنزلة حد الزنا في زعم الرجل لانه مهلك في حقها لانها كاذبة في زعم الرجل في شهادتها **قوله** لانه قائم في حقه مقام حد القذف حتى لو قذف امرأته مرارا فعليه لعان واحد كالحد في حق الاجنبيات فان قيل يشكل على هذا ما لو قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة واما لو قذف اجنبيا فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة فلو كان اللعان قائما مقام حد القذف في حقه لوجب عليه اللعان مرة فقال انما

ف

ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطئ عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه من ابيه المعروف وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه من الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه

كان هكذا لان المقصود هناك يحصل باقامة حد واحد وهو دفع عار الزنا عنهن وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لانه يتعذر الجمع بينهن في كلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه حد واحد لهن لان موجب قذفه لهن الحد ههنا والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات كذا في المبسوط وانما خص الغضب في جانبها دون اللعن في المرة الخامسة لانهن يستعملن اللعن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن يكثرن اللعن ويكفرن العشير فسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فعين تجرين على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فاقيم الغضب مقام اللعن في حقهن ليكون رادعا لهن عن الاقدام ٭

قوله ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطئ جواب سؤال يريد به لا يقال جاز ان لا يكون ابنه ولا تكون زانية بان وطئت بشبهة فيكون الولد من غيره حقيقة والنافي صادق في نفيه لان هذه الشبهة غير معتبرة لانعقاد الاجماع على انه لو نفاه اجنبي عن الاب المشهور يصير قاذفا مع وجود هذا الاحتمال وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به والملحق به عارض والاصل عدمه فنفيه عن الفراش الصحيح قذف به حتى تبين به الملحق به ٭

لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه اويكذب نفسه ليرتفع السبب ولولا عن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدئ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولالعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لالعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

قوله لانه حق مستحق عليه لانه اخبار يجري مجرى الامر ولان المصدر المقرون بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى فتحرير رقبة **قوله** وهو قادر على ايفائه وهذا قيد لانه لا يحبس في ايفاء الحق المستحق اذا لم يقدر على الايفاء كما في المفلس **قوله** واذا كان الزوج عبدا او كافرا او اسلمت امرأته فقذفها قبل ان يعرض عليه الاسلام **قوله** وامتناع اللعان بمعنى من جهتها [illegible] جواب سؤال بان يقال ينبغي ان يجب حد القذف عليه لان اللعان خلف عنه [illegible] اللعان يصار الى الموجب الاصلي قلنا امتناع اللعان بمعنى من جهتها [illegible] موجودة في حقه اذ هو من [illegible] شرع اللعان في حقه فلا يجب عليه الحد .

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله

قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال

قال واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رح تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله فقال له امسكها فقال ان امسكتها فهي طالق ثلثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

قوله ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان قذفه باعتبار حاله غير موجب اللعان فيكون موجبا للحد ولا يجوز ان يقال امتناع جريان اللعان لكونها محدودة لان اصل القذف من الرجل فانما يظهر حكم المانع في حقها بعد قيام الاهلية في جانبه فاما بدون الاهلية في جانبه فلا يعتبر بجانبها **قوله** دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام لما لاعن بين عويمر وبين امرأته قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها هي طالق ثلثا **قوله** كذبت عليها جزاء مقدم

وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما كانا متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنى ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي ان النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال ابن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ؞

على الشرط وهو قوله ان امسكتها وقوله هي طالق كلام مستأنف قاله بعد اللعان يريد انه اوقع الثلث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم يكن النكاح قائما بعد اللعان لانكر على اعتقاده قيام النكاح بعد اللعان ولما حل له ان لا يرد عليه فان قيل قد انكر فانه روي انه قال لا سبيل لك عليها قلنا هذا لا يدل على الرد فان عندنا لا سبيل له عليها مع قيام النكاح لاجل حرمة الاستمتاع كما اذا اسلم احد الزوجين فالنكاح قائم ولا سبيل له عليها وروي ان ذلك الملاعن كان يطالبها بما ساق اليها من المهر فقال له النبي عليه السلام اذهب فلا سبيل لك عليها ودل على قيام النكاح ايضا بعد اللعان انه عليه السلام لاعن بين هلال وامرأته فلما فرغا فرق بينهما يدل على قيام النكاح بعد فراغهما من اللعان اذ التفريق بعد قيام الوصلة فان قيل اريد به اظهار الفرقة بينهما قلنا حقيقة لاحداث الفرقة ...

قوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه هذه مسئلة ... اذا ... اكذب نفسه في القذف صار خاطبا من الخطاب اي ... تزوجه

ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم

كالغيرة يجوز ان يتزوجها وقال ابويوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد فتجويز النكاح مخالف للنص ولهما ان اللعان شهادة والاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها فلم يبق متلاعنا والداخل تحت النص المتلاعن ولا يجتمعان ماداما متلاعنين كما اذا حلف لا يكلم هذا الكافر ابدا اي مادام كافرا الاترى ان المنافق اذا اسلم يحل الصلوة عليه وان نزل في المنافقين ولا تصل على احد منهم مات ابدا فان قيل بعد الاكذاب يسمى متلاعنا فبقي داخلا تحت النص قلنا بعد الفراغ من اللعان لم يبق التلاعن حقيقة لان ذا حال تشاغلهما باللعان كالمقابلين وكذا مجاز الا انه انما سمي متلاعنا مابقي اللعان بينهما حكما ولم يبق ذلك لانه اذا اكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان اللعان والا صار جمعا بين الاصل والخلف وبين الحدين ٭

قوله ويتضمنه القضاء بالتفريق اي القضاء بالتفريق يتضمن نفي الولد **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي النسب كما بعد موت الولد **قوله** لانه ينفك عنه اي عن القضاء بالتفريق الاترى انه اذا نفي ولدا م الولد يثبت النفي ولا يثبت اللعان ولا التفريق ولو قال لامرأة يا زانية ولها منه ولد يثبت اللعان ولا يلزم نفي الولد ٭

وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهذا لانه لا يعري عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير

قوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به اي له ان يتزوجها لما بينا وهو قوله اذا حد لم يبق اهلا للعان **قوله** وكذا اذا زنت فحدت اي كان له ان يتزوجها هذا اذا تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم زنت لان حدها الجلد حينئذ لانها ليست بمحصنة قبل الدخول ولا يمكن تصوير التزوج اذا كان اللعان بينهما بعد الدخول ثم زنت لان حدها الرجم **قوله** وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان وفيه خلاف الشافعي وعند الشافعي رح يجب الحد واللعان لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا نقول لا بد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد ولا يتأتى التصريح باشارة الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكناية ولانه لا بد من لفظ الشهادة في اللعان قوله حتى ان الناطق لو قال احلف مكان قوله اشهد لا يكون صحيحا وكذلك ان كانت هي خرساء ولان قذف الخرساء لا يوجب الحد على الاجنبي لجواز ان تصدقه لو كانت تنطق ولا تقدر على اظهار هذا التصديق باشارتها واقامة الحد مع الشبهة لا يجوز كذا في المبسوط **قوله** لانا تيقنا بقيام الحمل عنده اي عند القذف فكان [illegible] ونسبه عند الولادة سواء فيتحقق القذف في الصورتين ولهذا يثبت حكم الارث [illegible] اذا ولدت لاقل من ستة اشهر

كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط فان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنية وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنية او سكوته عند التهنية او ابتياعه متاع الولادة او مضى ذلك الوقت وهو يمتنع من النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة

قوله كانه قال ان كان بك حمل فليس مني ولو قال هذا لا يكون قذفا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط لانها منى لم تكن زانية قبل وجود الشرط لا تصير زانية بوجوده لان المعلق بالشرط لا يكون قاذفا في الحال ولا يمكن تحقيق القذف عند الشرط لعدم كلامه حقيقة عنده ولا يقال هذا ليس بمعلق بل هو موقوف حتى يتبين في الثاني انه موجود عند النفي ام معدوم فاذا عرف وجوده تبين انه قذف مطلق لان فيه شبهة التعليق لان كل موقوف فيه شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته وهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقة التعليق في الحدود وعند الشافعي رحمه الله تلاعن قبل الوضع لانه قذفها حقيقة بنفي الولد قلنا نفي الولد لا يكون بدونه ولا يعلم وجوده قبل الولادة فلعله ريح او انتفاخ ،

ثم قد تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين ●

قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب ●

قوله ثم قد نعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين وفي الايضاح وعلى هذا الاصل قالوا في الغائب عن امرأته اذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم ان له النفي عند ابي حنيفة رحمه الله في مقدار ما تقبل فيه التهنية وقالا في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حالة القدوم كحالة الولادة **قوله** والاقرار بالعفة سابق على القذف هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي يثبت الاكذاب ويجب الحد فكذا هنا فاجاب عنه ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة واما من حيث الحكم فلا حق ثم ان كان يجب الحد باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار الحقيقة فلا يجب الحد اما للشك في وجوب الحد واما للسعي في درء الحد عند الشبهة واما لترجيح جانب الحقيقة على الحكم لان الحقيقة حق بالدليل بها والله تعالى اعلم بالصواب ●

باب العنين وغيره

قال واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم ولان الحق ثابت له في الوطيء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة به ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولابد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه هو فسخ لكن النكاح لايقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لولم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها

باب العنين وغيره

هو الذي لايقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولايقصده وقيل سمي العنين عنينا لان ذكره يسترخي فيعن يمينا وشمالا ولايقصد المأتي من المرأة فالعنين هو الذي لايصل الى النساء مع قيام الآلة او يصل الى الثيب دون الابكار او الى بعض النساء دون البعض وانما يكون ذلك لمرض به او ضعف في خلقته او كبر سنه او سحر فهو عنين في حق من لايصل اليها لفوات المقصود فيؤجله الحاكم سنة لان حقها مستحق بعقد النكاح وطئا في الجملة لافي كل زمان والعدم في الحال لايدل على العدم في الثاني من الزمان لان ذا قد يكون

فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا

لمرض وذا لا يوجب الخيار وقد يكون خلقة وانما يتبين ذلك بالتأجيل سنة لان المرض غالبا قد يكون لغلبة البرودة او الحرارة او اليبوسة او الرطوبة وفصول السنة مشتملة على الرطوبة والحرارة واليبوسة والبرودة فعسى يوافق فصل منها طبعه فيزول مابه من المرض باعتدال الطبع فمتى مضت السنة ولم يزل فالظاهر انه خلقة وان حقها المستحق فات فيفرق بطلبها لانه حقها وذكر الامام قاضي خان فاذا وجدت زوجها عنينا ولم تخاصم زمانا لم يبطل وكذا لو رفعته الامر الى القاضي واجله القاضي سنة فلم تخاصم زمانا بعد مضي الاجل لانها لا تقدر على الخصومة في كل وقت ولان ذا قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضاء ولو وطئها مرة ثم عجز لا خيار لها وكذا لو لم يكن له ماء ويجامع ولا ينزل لا يكون لها حق الخصومة ولو فرق بينهما بعدم الوصول ثم وعدها الوصول فتزوجها فعجز لا خيار لها لانها رضيت بخلاف ما لو تزوجت به اخرى وهي عالمة بحاله لا يكون رضا منها وفي الاصل يكون رضا لانها رضيت بالمقام معه وان علمت بعد النكاح بحاله لا يبطل خيارها بطول مقامها معه لان الحق لا يبطل بالتأخير ما لم يقل رضيت بالمقام معه وفي ادب القاضي سأل الزوج القاضي ان يؤجله سنة اخرى او شهرا او اكثر فانه لا ينبغي له ان يفعل ذلك الا برضاء المرأة فان رضيت ثم رجعت فلها ذلك ويبطل الاجل ويخير كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله ٭ **قوله** فان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطئ احتيارا فدار الحكم على سلامة الآلة **قوله** لما بينا من قبل اي في باب المهر حيث قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا

فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لاحق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لافائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لاتخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها

قوله فالقول قوله والقياس ان يكون القول قولها لانها تنكر الوصول الا ان الزوج منكر في معنى ثبوت حق الفرقة بالتأجيل والعبرة للمعنى لا للصورة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة فكذا هنا **قوله** فان قلن هي بكر خيرت فالحاصل ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير ثم كيف يعرف انها بكر ام ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل يكسر البيض فيصب في فرجها فان دخل فثيب والا فبكر **قوله** لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة اذ البكارة اصل فيهن فثبتت بقولهن وان قلن هي ثيب تثبت الثيابة ايضا ولكن مع ذلك يحلف الرجل لانه ليس من ضرورة الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوال البكارة بشيء آخر فلم يثبت بشهادتهن الوصول فلهذا يحلف الزوج بخلاف البكارة فان بشهادتهن تثبت

وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو منه واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا وطبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلوة والسلام فر من المجذوم فرارك من الاسد

البكارة ومن ضرورتها عدم الوصول فلهذا اخيرت ولم يحتج الى شيء آخر وانما خيرت لانها قصدت بالنكاح ان يستعف ولا تحصل لها العفة بهذا الزوج وبغيره مع قيام هذا النكاح فلو لم تخير كان تعريضا لها على الزنا وذكر في المبسوط واذا خيرها القاضي فاختارت الزوج او قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او اقام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما ٭

قوله وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح واختيار شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه في المبسوط واختيار الامام قاضي خان والامام ظهير الدين رحمهما الله في التأجيل انه يقدر بسنة شمسية اخذا بالاحتياط فربما يكون موافقة الفلاح في الايام التي يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية وفي شرح الطحاوي رحمه الله التأجيل بالسنة القمرية ظاهر الرواية والتأجيل بالشمسية رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وعن شمس الائمة الحلوائي رحمه الله الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزء من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما

ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات

وفي الذخيرة يؤجل العنين سنة شمسية لا قمرية فالسنة الشمسية السنة بالايام والسنة القمرية السنة بالاهلة والشمسية تزيد على القمرية باحد عشر يوما وشيء فيجوز ان يوافق طبعه هذه الزيادة فلابد من اعتبارها ولا يحتسب بمرضه ومرضها وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف الشهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك العنة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وهذا اصح الروايات عن ابي يوسف رحمه الله وان احرمت بحجة الاسلام لم يحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لا يقدر على ان يحللها الا ترى انها لو كانت محرمة حين خاصمته لم يؤجله القاضي حتى يفرغ من الحج ولو خاصمته والزوج مظاهر منها ان كان يقدر على العتق اجله وان كان عاجزا عن ذلك امهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها ما لم يكفر فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضي الى ذلك واحتسب عليه بتلك المدة لانه كان متمكنا من الا يظاهر منها. الجذام هو يشقق الجلد ويقطع اللحم ويساقطه ... لفعل ... مجذوم والرتق ... قيل ... امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها الارتتاق ذلك الموضع منها كذا في الصحاح ... في ... سلوك الذكر فيه ... غدة غليظة ... بالتحريك ... يخرج عن ... وقيل ... في الرحم ... شريح في جارية بها ... فان اصاب الارض فهو عيب وان ... فليس بعيب ٭

... الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من المهر بالموت

والمستحق هو التمكن وهو حاصل وإذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة بها فافترقا والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله والمستحق هو التمكن وهو حاصل اي التمكن من الوطئ حاصل اما في المجذومة والمجنونة والبرصاء فظاهر واما في الرتقاء والقرناء فممكن بالشق والفتق **قوله** وقال محمد رحمه الله لها الخيار اذا كان على حال لا تطيق المقام معه لانه يتعذر عليها الوصول الى حقها بمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا او عنينا ولكنا نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود وانما تقل رغبتها فيه وتتأذى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سيئ الخلق او مقطوع اليدين والرجلين بخلاف الجب والعنة وكذلك ان اشترط احدهما على صاحبه السلامة من العمي والشلل والزمانة فوجده بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك لو شرط احدهما لصاحبه صفة الجمال والبكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار لان فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين انه لا معتبر بتمام الرضاء في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت لها الخيار وان انعدم الرضاء بهذه الصفة وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطئ وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب ٭

باب العدة

قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح

باب العدة

هي التربص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح اوشبهته

قوله قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يذكر قوله رجعيا في بعض النسخ ولا بد من ذكره ولم يذكر الدخول مع ان عدة الطلاق لا تجب الا بعد الدخول او الخلوة بناء على ان الاصل في النكاح هو الدخول ولان وجوب العدة من الفرقة في حال الحيوة انما كان بعد الدخول لا قبله وهو ظاهر واستغني بظهوره عن ذكره **قوله** او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي مثل الفرقة بخيار العتاقة وعدم الكفاءة وخيار البلوغ وملك احد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفاسد **قوله** لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء اراد المدخول بهن من ذوات الاقراء وهو خبر في معنى الامر اي وليتربص المطلقات واخراج الامر في صورة الخبر تأكيد الامر واشعار بانه مما يجب ان يتلقى بالمسارعة الى امتثاله وذكر الانفس تهييج لهن على التربص وزيادة بعث لان انفسهن طوامح الى الرجال فامرن ان يقمعن انفسهن ويغلبنها على التربص كذا في الكشاف قيل النص يتناول المطلقة ثلثا فما دونها وقيل اراد به ما دون الثلث بدلالة قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فعلى الوجه الاول

وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظة الجمع لانه لوحمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا ولانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود

التمسك ظاهر في الطلاق البائن وعلى الوجه الثاني نقول لما وجبت العدة لتعرف براءة الرحم ولقضاء حق النكاح فيما اذا انعقد سبب الزوال ولم يتحقق الزوال لان يثبت في موضع يتحقق الزوال اولى وهذا لان حق النكاح ان يستدام ولا يزال والعدة تمنع الزوال فكانت الاستدامة بعد سبب الزوال قضاء لحقه وبيانا لخطره

قوله وهذا يتحقق فيها اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق في الفرقة بغير طلاق **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الاطهار وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا طلق امرأته في طهر لم يجامعها فيه لا تنقضي العدة مالم تطهر من الحيضة الثالثة وعنده كما شرعت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها واحتج بان الطلاق معقب للعدة فيجب ان يكون الزمان الذي يعقب الطلاق محسوبا من العدة **قوله** اذ هو من الاضداد دليل على انه حقيقة فيهما فكان فيه قطع وهم انه مجاز في احدهما لان الطريق في المجاز المناسبة وبين الطهر والحيض مضادة فهو كالصريم يطلق على الليل والنهار **قوله** اما عملا بلفظة الجمع وهو القروء والجمع الصحيح هو الثلثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لان الطلاق يوقع في طهر وهو ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث فلم يكن ثلثا كواملا وهذا مستقيم في جمع غير مقرون بالعدد كقوله تعالى الحج اشهر معلومات فاما في جمع مقرون بالعدد فلا بد من الكمال لان الثلثة اسم خاص للعدد معلوم لا يحتمل غيره

اولقوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانابه وان كانت لاتحيض من صغرا وكبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرالاية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ٭

قوله اولقوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فيلتحق بيانابه اي هذا الحديث يلتحق بيانا المجمل الكتاب حيث قال وعدتها حيضتان ولم يقل طهران ولا خلاف ان عدة الامة نصف عدة الحرة لان اثر الرق في التنصيف لا في اصل العدة ومما يدل على صحة ماذهبنا اليه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر فاقام الاشهر مقام الحيض دون الاطهار والنقل الى البدل انمايكون عند عدم الاصل كقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فهوتنصيص على ان المراد بالقرء الحيض فان قيل الاصل الطهار هي قرء ولا وجود لها الا بالحيض فان الطهرقبل الحيض لايسمى قرء لانعدام لهذه القرء الا بانعدام الحيض فصار كقوله يئسن من المحيض مجازعن قوله يئسن من الاطهار التي هي قروء فلذلك استقام الابدال قلنا ان الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه ودل عليه ان الله تعالى بدأ فقال والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ثم نقل الى البدل فيمن عدمت القروء ولوكان المراد ماذكره كان من حق الكلام ان يقال واللائي عدمن القرء ليكون النقل بعدم عين ما شرع اصلا فلما جاء بعبارة اخرى علم انها لم تكن الالفائدة زائدة وليس ذلك الا ماقلنا **قوله** وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرالآية وهوقوله تعالى واللائي لم يحضن اي والصغائر اللاتي لم يبلغن واللائي بلغن بغير الحيض كذلك يعتدون ثلثة اشهر كذا في التيسير ٭

وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رض بقوله لواستطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام لقوله تع ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبدالله بن مسعود رض من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رض الله لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابويوسف رح ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا اوثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفات اذا زال النكاح في الوفاة

قوله وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فان قيل النص الوارد في المطلقات عام وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد والقياس ولهذا قال ابو بكر الاصم عدتها ثلثة اقراء قلنا هذا حديث تلقته الامة بالقبول فدخل في حد المشاهير على ان الآية واردة في الحرائر لقوله تعالى مما آتيتموهن حتى تنكح زوجا غيره فيما افتدت به اونقول خص من قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء غير المدخول بها و لم يدخل في الآية الصغيرة والآئسة والحامل فيخص موضع النزاع ولان العدة نعمة في حقهن لما فيه من تعظيم ملك النكاح وللرق اثر في تنصيف النعم لان استحقاقها بوصف الآدمية وقد اثر الرق في نقصانها فلابدان يؤثر ذلك في نقصان النعمة الا ان الحيضة لا تتجزى ولا تتنصف لانها تختلف في انفسها بين ان تكون ثلثة اواربعة الى عشرة والاكثر من الايام وان كان متيقنا غيران وقتها مشكوك فيه فتعذر التنصيف فما بالتكميل **قوله** وعدة الحرة

الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما

في الوفاة اربعة اشهر وعشر سواء كانت صغيرة او كبيرة كافرة او مسلمة موطوءة اوغير موطوءة وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها وكان علي رضي الله تعالى عنه يقول تعتد المتوفى عنها زوجها بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر لتعارض النصين وهو قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فدخلت الحامل في عموم قوله تعالى ازواجا وقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فيجمع بينهما احتياطا لجهالة التاريخ وعامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ان عدتها بوضع الحمل لان قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد قوله تعالى والذين يتوفون منكم الآية فصارت ناسخة لتلك اذ العام المتأخر ينسخ الخاص المتقدم وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء نزلت بعد التي في سورة البقرة اي والذين يتوفون منكم والمباهلة الملاعنة مفاعلة من البهلة وهي اللعنة وكانوا اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الكاذب منا ومنكم *

قوله الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة فانما بقي في حق الارث بحكم الفرار لا باعتبار بقاء الزوجية وذا لا يلزمها عدة الوفاة الا ترى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح بردته لا بموته ولهما انها مطلقة حقيقة متوفى عنها زوجها حكما فيجب اعتبارهما وهذا لانها انما ورثناها باعتبار قيام النكاح بينهما حكما الى وقت الموت اذ لا بد من قيام سبب الارث عند الموت ليستحق الارث فاذا بقي النكاح في حق الارث حكما مع انه لا يثبت بالشك فلان يبقى في حكم العدة وهي تثبت بالشك اولى

ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته نعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة والموت وان كانت آئسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ٭

قوله ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح لم يعتبر ثمه باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها مسلمة عند الموت والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الارث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض ولا تلزمها عدة الوفاة وهنا استحقاق الارث عند الموت لا عند الطلاق فعلم ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما **قوله** ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا اذ شرط الخليفة تحقق الياس وذا بالعجز الدائم الى الموت كالفدية في حق الشيخ الفاني فانها خلف عن الصوم بشرط استمرار العجز مدة العمر وقال صاحب المحيط لا تقدير في حد الاياس بالسن في رواية واياسها على هذه الرواية ان يبلغ من السن مبلغا لا يحيض مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنة على

ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالاشهر تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت

ماقالوا فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لايكون حيضا عند البعض ولايبطل به الاعتداد بالاشهر ولايظهر فساد النكاح وقيل يكون حيضا فيبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا رأت الدم فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل حكم الاياس الثابت بالاجتهاد حتى قالوا انما يكون حيضا اذا كان احمر اواسود اما اذا كان اخضر اواصفر لا يكون حيضا لان كون هذا المرئي حيضا ثبت بالاجتهاد فلايبطل الاياس الثابت بالاجتهاد وكان الصدر الشهيد رحمه الله تعالى يفتي بانها لو رأت الدم بعد ذلك على اي صفة رأت يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاعتداد بالاشهر ولا يفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالاشهر ٭

قوله ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالاشهر تفاديا عن الجمع بين الخلف والاصل فان قيل بناء الخلف على الاصل يجوز الاترى ان المصلي اذا سبقه الحدث وقد كان توضأ يتيمم ويبني ان لم يجد ماء ومن عجز عن الركوع والسجود يؤمي ويبني قلنا الصلوة بالتيمم ليست بخلف عن الصلوة بوضوء وانما الخلف بين التراب والماء او بين الطهارتين ولا تكمل احدهما بالآخر وكذا الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة بركوع وسجود لان بعض الشيء لا يكون خلفا عن كله فاما العدة بالاشهر فبدل عن العدة بالحيض فلا يكمل احدهما بالآخر ٭

لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف
واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة
لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش
فاشبهت عدة النكاح ثم اما منا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض
ولوكانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح

قال واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابي يوسف رحمة الله تعالى
عليه عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لان
الحمل ليس بثابت النسب منه

قوله لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والمعرف هو الحيض
فان قيل لوكان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفي فيه بحيضة كما في الاستبراء
قلنا انما وجب التربص بثلثة اقراء في النكاح الصحيح لجواز ان تحيض الحامل اذ هو مجتهد
فيه فلا يتيقن بالفراغ بحيضة فقدر بالثلث ليعلم فراغ الرحم اذ هو عدد معتبر في الشرع
لابلاء الاعذار كما في شرط الخيار وقصة الاحبار والفاسد ملحق بالصحيح في حق ثبوت النسب
فيقدر بالاقراء الثلثة صيانة للماء عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه كما قدرنا الصحيح بها
ثم المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود فانه فاسد بالاتفاق بين علمائنا واما نكاح
المحارم مع العلم بانها حرام فنكاح فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى حلا فالهما
وفي الذخيرة تزوج منكوحة الغير ولايعلم انها منكوحة الغير ودخل بها تجب العدة
وان كان يعلم انها منكوحة الغير لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطئها
وبه يفتى واما الموطوءة بشبهة فهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها تجب عليها العدة

فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة اوطالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلاتتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولايلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب ثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ٭

قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأة في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلثة حيض كوامل فلا تنتقض عنها

وعلى الواطئ المهر على ما يجيئ في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ٭
قوله فصار كالحادث بعد الموت وتفسير الحدوث بعد الموت بان تضعه لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم بان تأتي لاكثر من سنتين والاول اصح وتفسير قيام الحبل عند الموت هو ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** ولايلزم امرأة الكبيرة اذا حدث لها الحبل بعد الموت يريد به اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر اذ لو كان على حقيقته بان جاءت به لتمام سنتين فصاعدا تكون العدة بالاشهر لانه يكون من زنا فلا يتغير به حكم العدة **قوله** ولايثبت نسب الولد في الوجهين اي فيما اذا كان قائما عند الموت وفيما اذا حدث بعد الموت

قال واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا فاذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود هو التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها

قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتتداخلان وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان هذا اذا وطئها اجنبي بشبهة اما اذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع وفي المبسوط وان كانت العدتان من واحد بان وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلاشك عندنا انهما تنقضيان بمدة واحدة وهو احد قولي الشافعي رح وفي القول الآخر يقول لا تجب العدة بالسبب الثاني اصلا وحاصل الخلاف راجع الى ان ركن العدة الفعل ام ترك الفعل مع ان المقصود يحصل بالطريقين وهو صيانة الانسان عن الاشتباه فعنده الركن هو الفعل وهو كف المرأة نفسها عن البروز والخروج والتزوج بآخر فيكون عبادة كالكف عن قضاء الشهوتين في الصوم لانها امرت بالتربص وهو الكف واداء العبادتين في وقت واحد ولهذا لا يتصور كصومين في يوم واحد وعندنا الركن ترك الفعل ومعنى العبادة تابع لانها اجل لقوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن فاذا بلغن اجلهن حتى يبلغ الكتاب اجله والآجال اذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة

لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب

كرجل تثبت عليه ديون مؤجلة لاناس فتنقضي بمدة واحدة وهذا لان التاجيل لتأخير ما كان يجب عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي الاجل هنا حل النكاح والخروج والتزين فكان الثابت تأخير الحل الذي يثبت بمضيه وهو حرمة هذه الافعال فكان الركن حرمة هذه الافعال والآجال فان كثرت يتصور اجتماعها في العدم ولهذا وجبت بلاعلم ويتأدى بلا قصد واختيار ولو كان الركن هو الفعل لما وجب بلاعلم ولم يتأد بلا قصد واختيار الا ترى ان الله تعالى قال ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهي عن التزوج في العدة والثابت بالنهي حرمة الفعل لا وجوب الفعل بخلاف الصوم لان الواجب ثم الفعل لانه امر بالصوم لقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل والواجب بالامر الفعل فان قيل الله تعالى قال والمطلقات يتربصن اي يكففن والكف فعل وهو اخبار في معنى الامر للامر وقال فعدتهن ثلثة اشهر امرنا لاعتداد بالاشهر والاعتداد فعل قلنا المراد بالتربص الانتظار لا الكف يقال فلان يتربص قدوم فلان اي ينتظر والانتظار يكون بسبب الاجل ولا تضايق في الانتظار كشهر واحد ينتظر فيه حلول ديون وكيوم واحد ينتظر فيه قدوم اناس واما في الآية الثانية امرنا لاعتداد بل المذكور هو العدة وهي مدة حرمة هذه الافعال والحرمات تجتمع فان الصيد حرام على المحرم في الحرم بالاحرام والخمر حرام على الصائم لصومه ولكونه خمرا ولحلفه ان حلف لا يشربها ومعنى العبادة تابع الا ترى ان عدتها تنقضي وان لم تكف نفسها عن الخروج ولا ينعدم اداء العبادة بدون ركنها ولان المقصود تعرف براءة الرحم وهو حاصل بالعدة الواحدة فتداخلتا وانما لم يكتف بحيضة واحدة وان حصل تعرف الفراغ بها لان الواحدة للتعرف والثانية لحرمة النكاح والثالثة لفضيلة الحرية ولو اكتفينا بالواحدة لم تحصل هذه المقاصد .

قوله لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة وقد نص في الاسرار ان سبب وجوب العدة

ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة

والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطئ هو السبب الموجب ولنا ان كل وطئ وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفي في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره

نكاح متأكد بالدخول او ما يقوم مقامه مما يكمل المهر عند ثبوت ما يوجب الفرقة لا الفرقة فانها شرط فكانه جعل الشرط المعمل للعلة كالسبب ٭

قوله ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت وجود الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصية لها بشيء او يتواضعا على انقضاء العدة بان يتزوج اختها او اربعا سواها او ربما تكون المرأة محرمة حرمة غليظة فيتواضعان على هذا الاقرار حتى يتمكن من التحليل في الحال ولا تجب عليها العدة قال صاحب المحيط وغيره اذا اقر الرجل انه طلق امرأته منذ خمس سنين ان كذبته في الاسناد وقالت لا ادري تجب العدة من وقت الاقرار قالوا هذا الجواب في النفقة والسكنى حتى تجب لها النفقة والسكنى اما في حق التزوج باختها او اربع سواها نعتبرا لعدة من وقت الطلاق وقيل في حق التزوج باختها او اربع سواها تعتبر العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق ولكن لا تجب لها نفقة العدة ومؤنة السكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوط حقها وينبغي على قول هؤلاء ان لا يحل التزوج بالاخت واربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت الاقرار وحكي عن الشيخ الامام ابي الحسن السغدي رحمه الله انه كان يقول ما ذكر محمد رحمه الله في الاصل ان العدة تعتبر من

ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطئ لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة

وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامها ظاهر فلا يصدقان في الاسناد *

قوله ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام الوطئ لان الوطئ امر خفي ولا وقوف لغيرهما عليه والحاجة ماسة الى معرفة الحكم في حق غير الوطئ وهو من يريدان يتزوجها بعد انقضاء العدة فلابد من اقامة الامر الظاهر مقامه ليدار الحكم عليه كما في الاخبار عن المحبة والحيض وكما في السفر فاقمنا التمكن مقامه تيسرا بخلاف المتاركة والعزم على ترك الوطئ والاخبار بعزمه والمتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون الا بقول تركتك او خليت سبيلك ولا يكون بعدم مجيئ احدهما الى صاحبه **قوله** فتحلف كالمودع اي اذا ادعى المودع رد الوديعة او هلاكها يحلف ان لم تكن له بينة **قوله** كما لو اشترى ام ولده اي منكوحة التي ولدت منه ثم اعتقها فيجب عليها ثلث حيض حيضتان من النكاح فيهما ما يجتنب المنكوحة من الخروج والبروز والتزين وحيضة من العتق لا يجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت

ناب ذلک القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشترى المغصوب الذي في يده يصيرقابضا بمجرم العقد

العدة الاترى انه لايجوزان تزوجها وانما لم يظهرحكم العدة في حق المانع وهوملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حيضتان لفساد النكاح وهما معتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد كذا في الايضاح ٭

قوله ناب ذلك القبض وهذا الان الاصل ان القبض المضمون ينوب عن القبض المضمون فاذا جدد النكاح ينوب ذلك القبض عن القبض المستحق بالنكاح الثاني كالغاصب اذا اشترى المغصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق بالعقد فيكون الطلاق بعد القبض المستحق بالعقد الثاني يوجب كال المهر والعدة فان قيل القبض نعل دائم فانما يصيرقابضا باستمرار القبض بعد الشراء الان ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء قلنا الجواب من وجهين الاول امايعرض الكلام فيما اذالم يبق المغصوب بعد الشراء بان غصبه آخر من يده فالغاصب الاول لواشتراه من مالك يصير قابضا بمجرد الشراء والثاني ان استدامة القبض لامعتبر به في افادة القبض بدليل ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الشراء ولوكان استدامة القبض معتبرا في حق القبض بالشراء وجب ان يصير المودع قابضا بالشراء كالغاصب ولا يتفاوت الحكم بين ان يكون المشتري غاصبا اومودعا

قوله المغصوب الذي في يده اي لم يرده الى المالك ولا بشرط ان يكون [illegible]
الشراء لانه مالم يرده الى المغصوب منه كانه في يده [illegible]
[illegible] قائم يصيرقابضا بالشراء

فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر رح لاعدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلاعدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه لاعدة عليها واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لاجناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول اصح *

قوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول لايقال لوكان هذا طلاقا بعد الدخول لما وقعت البينونة بصريح الطلاق بعد النكاح الثاني كما لا تقع البينونة فيما اذا وجد الوطيء حقيقة بعد النكاح لانا نقول انما جعلنا هذا طلاقا بعد الدخول في حق تكميل المهر والعدة لا في حق جميع الاحكام كما ان الخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول في حق تكميل المهر ووجوب العدة لا في حق جميع الاحكام حتى ان صريح الطلاق بينهما بعد الخلوة الصحيحة وكذلك ان كان النكاح الاول فاسدا وكان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحا صحيحا في العدة وان كان النكاح الاول صحيحا والثاني فاسدا ففرق بينهما قبل الدخول لايجب المهر بالاتفاق **قوله** واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر نحو الموت والردة وملك احد الزوجين الآخر او قبله ابن الزوج **قوله** بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها اي في دار الحرب لاتجب عليها العدة بالاتفاق لعدم تبليغ الخطاب لانها في دار الحرب **قوله** وله قوله تعالى

فصل

قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفي بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته ولنا ماروي ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب

ولاجناح عليكم ان تنكحوهن فقد اباح لنا نكاح المهاجرة بنفس الهجرة فمن قال لا يحل ما لم تحض ثلث حيض بعد الهجرة فقد زاد على النص ثم وضع المسئلة في المهاجرة المسلمة والحكم في الذمية كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستأمنا ثم اسلم اوصار ذميا والآخر على حربه ثمه فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله عليها العدة ولانفقة لها وان كان الخارج هو الرجل فله ان يتزوج اربعا سواها وفيهن اختها والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل

قوله وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا التمسك بالحديث في ايجاب الاحداد مشكل لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لانه استثناء من التحريم والاستثناء من التحريم

ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الامن عذر وفي الجامع الصغير الامن وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ماذكرنا من اظهار التأسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لايعري عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه ٭

قال الامن عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع

احلال ولا كلام فيه انما الكلام في الايجاب والحديث لايدل عليه واجيب بان قوله لايحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد فيكون الاستثناء اثباتا للاحداد فصار التقدير لاتحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا وقد روي هذا الحديث في الصحيح والمبسوط لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا ووجه التمسك به على هذا الوجه ظاهر فانه اخبار عن احدادها والاخبار في اقتضاء الفعل آكد من الامر على ما عرف فيكون الاحداد واجبا ٭

قوله لانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح فان قيل لو شرع الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب على الزوج كما وجب على الزوجة لان نعمة الزوجية مشتركة بينهما قلنا الحداد ما وجب الا تبعا للعدة وهي عليها لا عليه فلو وجب الحداد عليه لوجب

وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا باس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبث ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران لانه تفوح منه رائحة الطيب

قال ولا حداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته

قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف

قصدا او انه لم يشرع قصدا ولهذا لم يشرع لفوات الاب مع انه مسبب لوجودها وحد وثها لعدم العدة فان قيل كيف يجوز اظهار التأسف وقد قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما اتاكم قلنا المراد بها الفرح مع الصياح والاسى مع الصياح كذا عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وعلى المختلعة الحداد لان وجوبه يدور مع فوت نعمة النكاح وقد فاتت وان طلبت الخلاص منه حيث افتدت نفسها بالمال ¤

قوله وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه بان كانت بها حكة قوله ولا حداد على كافرة الحداد لا يجب على خمس نسوة المطلقة طلاقا رجعيا والمعتدة عن نكاح فاسد والكتابية والصبية وام الولد اذا اعتقت قوله لان الخطاب موضوع عنها ولا يلزم على هذا وجوب العدة على الصغيرة لانها لا تخاطب بها لكن يخاطب الولي بان لا يزوجها حتى تنقضي عدتها على ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجه خطاب الشرع بخلاف الحداد فان قيل وجب ان يؤمر وليها بالمنع عن الخروج كما يؤمر بمنعها عن محرمات الشرع قلنا في امر الولي بالمنع عن الخروج وترك الزينة لا يحصل المقصود وهو اظهار التأسف لان الصغيرة لا تاسف لها بخلاف المنع عن محرمات الشرع لانه اشتمل على المقصود وهو الاجتناب عن القبيح

والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ، ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنه التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها

قوله والاباحة اصل اي اباحة استعمال الطيب اصل قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده اي من الثياب وما يتجمل به والاستفهام لانكار تحريم هذه الاشياء **قوله** ولا باس بالتعريض في الخطبة ذكر في النهاية اراد به المتوفى عنها زوجها لان التعريض لا يجوز للمطلقة لانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا يتمكن من التعريض لها على وجه يخفى على الناس فاما المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج نهارا فيمكن التعريض لها على وجه لا يقف على سواها كذا في شرح التأويلات والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره **قوله** ولكن لا تواعدوهن سرا اي فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي وطئا لانه مما يسر الا ان تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف .

حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه قال عليه السلام للتي قتل زوجها امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها اوخافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن اوثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس بتركها لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه

قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا ولو اختلعت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها ان تكتري بيت الزوج فاما ان يحل لها الخروج فلا وعن محمد رحمه الله انه قال المتوفى عنها زوجها لا باس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل **قوله** ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها اي من غير تأخر وكذا لو كان معها زوجها **قوله** ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن اوثلث لا بد من سترة بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد وكذا هذا في الوفات اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها كذا في المبسوط **قوله** ثم لا باس اي بالمساكنة بعد اتخاذ السترة

والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فتخرج والاولى خروجه *

قال واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها في غير مصر فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت مسيرة ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها ولي اولم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج *

قال الا ان يكون طلقها او مات عنها زوجها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله . الاولى ان يخرج هو ويتركها لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه ليس بواجب فكان انتقاله اولى واذا انتقلت كان تعيين الموضع الذي [illegible] اليه الى الزوج وفي الوفاة تعيينه اليها **قوله** في غير مصر اي في مفازة **قوله** فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها [illegible] سفر كان المقصد او دونه **قوله** الا ان يكون طلقها او مات [illegible] في مصر [illegible] المصر ليس بشرط وكذا الحكم في قرية تقدر على المقام بها والله تعالى اعلم بالصواب *

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها
١ فهوابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت

باب ثبوت النسب

قوله فولدت ولدا لستة اشهر اي من غير زيادة ولانقصان لانها اذاجاءت به لاقل من ستة اشهر من حين تزوجها لايثبت النسب لان علوق هذا الولد كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لاينبت النسب ايضا لانه حين طلق حكمنا انه لاعدة عليها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذلو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز والمراد من قوله يوم تزوجها حين تزوجها
قوله فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان التزوج شرط الطلاق والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف

بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل وطئا حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر مالم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق و يحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك

قوله بان تزوجها وهو يخالطها خالط امرأة فدخل عليها الرجال فتزوجها وهو يخالطها والداخلون يسمعون كلامهما فوافق الانزال النكاح فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون بعد الطلاق اومعه وعليه المهر وفي القياس وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله مهر ونصف مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله عن نصير رحمه الله تزوج امرأة في حال ما يطأها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد حين تزوجها قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة وفي المنتقى لا يكون به محصنا وفي شرح ابي اليسر ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليهما الحد ويجب المهر وقالوا يجب عليهما وفي جمع النسفي لو جاءت بولد فانه يرثه وهو منصوص من اصحابنا رحمهم الله وان حرمت عليه بالثلث فلم يبق نكاح ولا عدة ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب **قوله** فلا يصير مراجعا بالشك فان قيل ينبغي ان يصير مراجعا لان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ والاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات قلنا الرجعة بالفعل خلاف السنة وكما لا يظن بالعاقل المسلم الاقدام على الحرام لا يظن به الاقدام على خلاف السنة

وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطئ مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام *

قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم تلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر

قوله وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فان قيل يحمل على انها تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة قلنا الحكم بابقاء النكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به **قوله** فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت فان قيل ما ذكرتم من التصوير في اول الباب موجود ههنا بان خالطها فطلقها فوافق الانزال الطلاق مع ان اول الفعل هنا واقع في الملك قلنا ما ذكرنا من الاحتمال وتصوير طريق متعين لحمل امرها على الصلاح لانه لو لم يثبت النسب من الزوج فلابد ان يحمل على انه من زوج آخر قبله لانه لا صلاح في ان يحمل انه من الزنا واذا حمل انه من زوج آخر قبله يكون هذا النكاح فاسدا لانها تكون حينئذ منكوحة او معتدة وفي الوجهين حمل امرها على الفساد بخلاف المبتوتة لانه يحتمل انها انقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر لكنه لم يظهر ذلك ولا فساد فيه فيحمل عليه

فبمضيها بحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهي سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وقال زفر رحمه الله تعالى اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة

قوله فبمضيها بحكم الشرع بالانقضاء ولا يقال في هذا قطع النسب لانا نقول النسب لا ينقطع بالشك اذا وجد سبب النسب وفيما قلتم جعل ما ليس بسبب سببا بالشك لان النكاح في الصغيرة ما كان سببا قبل البلوغ لعدم ماء المرأة وانما يصير سببا بعد البلوغ فلا يجعل سببا بالشك **قوله** واذا اعترفت المعتدة يريد اي معتدة كانت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر اي من وقت الاقرار يثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت فان قيل فيه حمل امرها على الزنا قلنا نحمله على نكاح صحيح مبتدء لم يظهر لنا فان قيل هذا اقرار يتضمن ابطال حق الولد لما فيه من ابطال ما يثبت

واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشهد بولادتها رجلان اورجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل اوصدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها

له من حق النسب فبرد قلنا يجوز ابطال حق الغير بقول الامين اذا لم يصر مكذبا كما لو اخبرت بمضي العدة بالحيض فانها تصدق وان تضمن ابطال حق الزوج في الرجعة ه

قوله واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يشهد بولادتها رجلان اورجل وامرأتان سواء كانت المعتدة هذه مطلقة طلاقا رجعيا ومبتوتة اومتوفى عنها زوجها ولا يقضى بشهادة القابلة الا اذا كان الزوج قد اقر بالحبل اوكان الحبل ظاهرا وعندهما يقضى بشهادة القابلة اذا كانت مسلمة حرة عدلة ولا يقال كيف تقبل شهادة الرجال ههنا ولا يحل لهم النظر الى العورة لانا نقول انهم لا يقولون لعمدنا النظر وانما وقع ذلك اتفاقا اودخلت المرأة بين يدي الشهود دبتا بعد ما علموا انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولدته ثم عند الحاجة الى ان تحمل الشهادة يباح النظر للرجال كما في الشهادة على الزنا والحاجة تتحقق اذا لم يكن هناك مؤيد

فان كانت معتدة عن وفات فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهوابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه

قوله فان كانت معتدة عن وفات فصدقها الورثة ومعنى التصديق هوان يقرجميع الورثة فيشاركهم باقرارهم واقربه جماعة يقطع الحكم بشهادتهم فان صدقها رجلان منهم اورجل وامرأتان منهم فوجب الحكم باثبات نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين وهذا معنى قوله بان كانوا من اهل الشهادة ثم قيل يشترط لفظ الشهادة في مجلس القضاء لان النسب لايثبت في حق الناس كافة الا بلفظ الشهادة لان الحجة المتعدية هي الشهادة وقيل لايشترط لعدم المنازعة لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم ومانبت بناء لايراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة ووقف المعول بناء على وقف العقار **قوله** لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف هذا جواب سؤال يرد على قوله حتى لو نفاه الزوج يلاعن وهوان يقال ان ثبوت اللعان بناء على شهادة القابلة واللعان قائم مقام الحد فينبغي

فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف

ان لا يجب لان شهادة النساء غير معتبرة في الحدود فاجاب عنه بان القاذف نفى نسب الولد والنسب لم يثبت بشهادة القابلة بل يثبت بالفراش القائم وشهادة المرأة انما كانت لتعيين الولد واللعان وجب بالقذف وليس من ضرورة اللعان وجود الولد لان اللعان يتصور بدون الولد بان قذف منكوحته بالزنا فلم يكن لشهادة القابلة اثر لا في ثبوت النسب ولا في وجوب اللعان لان ثبوت النسب بالفراش ووجوب اللعان بالقذف وهو قوله ليس مني ولا اتصال له بالولد ونظيره هذا اما اذا ثبتت الرمضانية بشهادة الفرد ثم افطر انسان بعد ذلك متعمدا وجبت الكفارة عليه والكفارة في الافطار تجري مجرى الحد حيث يندرئ بالشبهات ٭

قوله فان ولدت ثم اختلفا الى قوله لان الظاهر شاهد لها فان قيل الظاهر شاهد له لان الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات وجود او النكاح حادث قلنا النسب مما يحتاط فيه فمتى تعارض الظاهران وجب اثباته الا ترى ان النسب يثبت بالايماء وسائر التصرفات لا يثبت به اذا كان الايماء من الناطق فان قيل وجب ان يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه اياها وهي حبلى وصار هذا كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود قلنا الفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس بفاسد لا محالة لجواز انها حبلى من الزنا والثاني انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة القاضي يبطل كذا في الفوائد الظهيرية ٭

وهو على الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا ولابي حنيفة رح ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عايشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين

قوله وهو على الاختلاف اي على الاختلاف المذكور في الاشياء الستة لانه احتلاف في النسب او في النكاح قوله لانه ينفك عنها اي الطلاق ينفك عن الولادة في الجملة وان صار من لوازمها هنا وصار كمن اشترى لحما فشهد مسلم عدل انه ذبيحة مجوسي قبلت شهادته في حق حرمة الاكل ولا يثبت كون الذابح مجوسيا في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة لان الولد الكائن في الرحم لا يخلو من الخروج لا محالة حيا وميتا فالتعليق بالولادة بعد الاقرار بالحبل تعلق بامر كائن لا محالة فتقبل قولها فيه كما اذا علق طلاقها بالحيض بل اولى لان الولد الكائن في الرحم يولد لا محالة واما الحيض فبناء على العادة قوله واكثر مدة الحمل سنتان وقال الشافعي رحمه الله اربع سنين لان الضحاك ولدته امه لاربع سنين بعد ما نبتت ثنيتاه وهو يضحك فسمي ضحاكا

ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحبل ستة اشهر والشافعي رحمة الله تعالى عليه يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لايهتدي اليه

ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعواه وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لاتحل بالشراء

قوله ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حال الدوران لان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال والغرض تقليل المدة وفي بعض الكتب ولو بفلكة مغزل ذكر في المغرب هذا على حذف المضاف وقد جاء صريحا في شرح الارشاد ولو بدور فلكة مغزل وهو مثل في الدوران والغرض تقليل المدة وبقاء الولد في بطن امه اكثر من سنتين في غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع انه لا اصل لما يحكى في هذا الباب فان الضحاك ما كان يعرف ذلك من نفسه وكذلك غيره لان ما في الرحم لايعرفه الا الله تعالى **قوله** ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها اي طلقها بعد الدخول اذ لو كان قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة اشهر مذ فارقها **قوله** لانها لاتحل بالشراء فان قيل وجب ان تحل لا طلاق قوله تعالى او ما ملكت ايمانهم قلنا وجب ان لاتحل لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم اولى بالاعتبار

ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه ترثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب [redacted] يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطئ عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد قول المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الفصل الاول لتيقننا بقيام الولد في البطن وقت الاقرار وانما يثبت النسب لقيام الفراش بقوله ان كان في بطنها ولد فهو مني والحاجة الى تعيين الولد وذا يثبت بشهادة القابلة اجماعا **قوله** فهي امرأته وهو ابنه ترثانه فان قيل ينبغي ان لا ترث المرأة لما ان هذا النكاح ثابت بطريق الاقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع من نكاح وهو سبب لاستحقاق الارث ونكاح هو ليس بسبب له فاما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا بطريق الاصالة بخلاف نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض لا من الاصول فلا يرد نقضا والله تعالى اعلم بالصواب *

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به مالم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للاولاد فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث

باب الولد من احق به

قوله واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد ولا تجبر عليه اي على اخذ الولد اذا ابت اولم تطلب الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فحينئذ تجبر الام على حضانته كيلا يفوت حق الولد اصلا لانه لا شفقة للاجنبية اصلا كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولا تجبر الام على الحضانة لانها عست لا تقدر واختيار ابى الليث والهندواني رحمهما الله تعالى انها تجبر لان ذلك حق الولد وان امتنع الاب عن اخذ الولد بعد استغنائه من الام تجبر لان نفقته وصيانته عليه **قوله** وان لم يكن له ام اي ماتت او تزوجت اجنبيا فام الام اولى من ام الاب لان هذه الولاية تستفاد من قبل

وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر *

قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال

الامهات لان حق الحضانة بسبب الامومية وهي ام تدلي بام فهي اولى من ام الاب لانها تدلي بقرابة الاب وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب وتستوي ان كانت مسلمة اوكتابية او مجوسية لان حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين فان لم تكن فام الاب اولى وقال زفر رحمه الله الاخت لاب وام اولام والخالة احق من ام الاب لانها تدلي بقرابة الاب ومن سمينا بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ولنا انها من الامهات حتى يجوز صبرا ثهن السدس ولانها اوفر شفقة باعتبار الولاد فان كانت او تزوجت اولم تكن فالاخت لاب وام ثم لام ثم لاب *

قوله وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلي به فان الخالة تدلي بالام والاخت لاب تدلي بالاب والام في حق الحضانة مقدمة على الاب فكذلك من يدلي بقرابة الام يكون مقدما على من يدلي بقرابة الاب يقدم الاخت لاب وام وعلى قول زفر رحمه الله هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء في ذلك ثم على الرواية الاولى يدفع

فاولىهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة و الام والجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين

بعد الاخت لاب الى بنت الاخت لاب وام ثم الى بنت الاخت لام ثم الى الخالة وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلي بمن له حق الحضانة واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل من حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية ۔

قوله فاولىهم اقربهم تعصيبا واذا اجتمع اخوة لاب وام فافضلهم صلاحا وورعا احق به لان ضمه الى اقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى ابيهم صلاحا انفع للولد لانه يتخلق باخلاقه وان كانوا في ذلك سواء فاكبرهم احق لقوله عليه السلام الاكبر الاكبر **قوله** غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله فان لم يكن احد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة رحمه الله ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد رحمه الله لا حق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي بدفع الى ثقة تحضنه حتى يستغني وعنه انه يثبت لهم الحق ولا حق لغير المحرم في حضانة الجارية ولا للام التي ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق على الصغير وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند ابي حنيفة

اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة

قال ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهي وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا ۔

قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف عليه ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ۔

رحمه الله في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولا تدفع الانثى ولو كان في الاعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق الامساك ۔

قوله اعتبارا للغالب لان الغالب ان الصبي اذا بلغ سبع سنين تستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحده قال عليه السلام مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا والامر بالصلوة لا يكون الا بعد القدرة على الطهارة **قوله** تحتاج الى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ وغسل الثياب وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق بها وذكر في غياث المفتين ان للاب ولاية اخذ الجارية اذا بلغت حد الشهوة قال والاعتماد على هذه الرواية لفساد الزمان واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة في قولهم جميعا **قوله** لانها لا يقدر على استخدامها اي سوى الام والجدة من الاقرباء

ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال عم اللهم اهده فوفق لا ختيار الانظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا ٭

مثل الاخوات والخالات والعمات لا يقدرن على استخدام الصغيرة وذكر في الاقضية ان تعليم الآداب انما يحصل بالاستخدام واستخدام الصغيرة لا يحل بغير الام والجدة فلا يحصل معنى التعليم ٭

قوله ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا كان مميزا يخير بين الابوين فيكون عند من يختار منهما ويستوي في هذا الغلام والجارية لما روي ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني ونفعني فقال عليه السلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت به **قوله** او يحمل على ما اذا كان بالغا فانها قالت نفعني وسقاني من بئر ابي عتبة وتلك البئر لا يستقى منها الا بالغ ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله ان ينفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مخوفا عليه مفسدا واما الجارية اذا كانت بكرا فللاب ان يضمها الى نفسه وكذا الاخ والعم الا ان يكونا مفسدين فتوضع عند امرأة ثقة وان كانت ثيبا لها ان تنفرد بالسكنى وتنزل حيث شاءت الا ان تكون مخوفة على نفسها فيضمها الاب اليه وان كانت البكر قد دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها واخوها وعمها مخوف عليهما فلها ان تنزل حيث شاءت في مكان لا يتخوف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال حين دخلت في السن واجتمع لها عقلها ورأيها والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل

واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه *

فصل

قوله واذا ارادت المطلقة اي بعد انقضاء العدة **قوله** من تأهل ببلدة فهو منهم اي حكمه حكمهم حتى ان عمر رضي الله عنه لما دخل مكة اتم صلوته فقيل له خالفت السنة فقال لم اخالف وتمسك بهذا الحديث وقال تزوجت بمكة فصرت من اهلها **قوله** ولهذا يصير الحربي به ذميا هذا على ظاهره غير صحيح فانه ذكر في السير الكبير ان الحربي اذا دخل دارنا بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام وقيل لم تكن هذه الجملة في نسخة قوبلت مع نسخة المصنف وقيل في بعض النسخ وانما لا يصير الحربي به ذميا لانه يعارضه ما هو اقوى منه وهو الانفة من قبول الجزية وقيل اراد الشخص الحربي وهي الحربية فانها بالتزوج تصير ذمية ولهذا وقع في بعض المواضع ولهذا تصير الحربية به ذمية وقيل يرجع الضمير في به الى التزام المقام **قوله** اشار في الكتاب اي في مختصر القدوري وهو قوله الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه وهذا يفيد اشتراط الوطن والتزوج فيه وان ارادت الانتقال الى مصر فيه اصل النكاح وليس

كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد

ووجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح

والحاصل انه لابد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان

بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت

في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى

المصر لا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه

ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

والله تعالى اعلم بالصواب ٭

بمصرها فلها ذلك في رواية الجامع الصغير وليس لها ذلك في رواية الاصل وهذا اصح وفي عكسه بان ارادت الانتقال الى مصره وهو مصرها لكن لم يكن اصل العقد بها لم يكن لها ان ينتقل بالاولاد باتفاق الروايات كذا ذكره الامام الكسائي رحمه الله تعالى ٭

قوله كما يوجب البيع التسليم في مكانه يريد به اذا كان المبيع في مكان العقد ذكر في الفتاوى ان من باع شيرا والشير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم بذلك فهو بالخيار ان شاء سلمه في مكانه وان شاء فسخ العقد ولو تعين مكان العقد لما كان للمشتري الخيار ذكر في شرح الطحاوي ولو ارادت الانتقال من دار الاسلام الى دار الحرب ليس لها ذلك وان كان اصل النكاح وقع هناك وهي حربية بعد ان يكون زوجها مسلما او ذميا وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك

قوله ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به يريد به اذا كانت قريبة من المصر والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب النفقات

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس

باب النفقات

قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله قال بعض المتأخرين اذا لم تزف الى بيت زوجها لا تستحق النفقة وهو رواية عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد تجب لها النفقة وان لم تنتقل الى بيت زوجها والفتوى على ظاهر الرواية وذكر في المحيط والايضاح واذا تزوج امرأة فطلبت النفقة قبل ان يحولها الى منزله فلها النفقة اذا لم يطالبها الزوج بالنقلة لان النفقة حقها والانتقال حقه فاذا لم يطالبها به فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها وان طالبها الزوج بالنقلة فان لم تمتنع عن الانتقال الى بيت زوجها فلها النفقة ايضا واما اذا امتنعت عن الانتقال ان كان الامتناع بحق بان امتنعت ليستوفي مهرها فلها النفقة واما اذا كان الامتناع بغير حق بان كان اوفاها المهر او كان المهر مؤجلا او وهبته منه فلا نفقة لها

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيرة كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فيستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال رضي الله عنه وهذا اختيار الخصاف رح وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي رحمه الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ووجه الاول قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك مايكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه

قوله فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه ولا يرد على هذا الكل الرهن فانه وان كان محبوسا بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق وان يكون احق به من سائر الغرماء فكان تجب نفقته على المرتهن لكن يحصل مقصوده ايضا وهو ان يكون مؤفيا دينه عند الهلاك **قوله** ويعتبر في ذلك حالهما الى قوله وفوق نفقة المعسرات فاذا كان الزوج موسرا مفرط اليسار نحو ان يأكل الحلواء والحمل المشوي والباجات والمرأة فقيرة بان كانت تأكل في بيتها خبز الشعير يطعمها فيما بين ذلك خبزا لبر وباجة او باجتين وكذلك ان كانت موسرة والزوج معسر وقال الكرخي رحمه الله وهو ظاهر الرواية يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ووجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها والنص يقتضي اعتبار حاله فيعتبر حالهما عملا بهما وكلا [illegible] عرفته في النفقة من اعتبار حال الزوج حالهما فهو الجواب في [illegible]

والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطي كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين

قوله والباقي دين في ذمته اي بالقضاء او التصالح **قوله** وان نشزت فلا نفقة لها فان قيل النص مطلق قلنا خص بدلالة النص لان الله تعالى امر في حق الناشزة بمنع حقها في الصحبة لقوله تعالى واهجروهن في المضاجع وهي مشتركة بينهما فلان لا تجب النفقة وهي مختصة بها اولى والناشزة هي الخارجة عن منزل الزوج المانعة نفسها منه بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم ولو كان المنزل ملكها فمنعته من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشزة الا ان تكون سألته ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا لان الامتناع حينئذ بمعنى منه ولو كان السكنى في ارض الغصب فامتنعت منه لها النفقة لانها ليست بناشزة **قوله** وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اي لا يوطأ مثلها وان كانت مثلها يوطأ فلها النفقة والاحتباس ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح [illegible]

ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطئ وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب لها نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا تجب الكراء لما قلنا

الى الجماع والصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه ايضا ولهذا تجب النفقة للرتقاء والقرناء والمرأة التي اصابها بلاء تمنعه عن الجماع لبقاء الانتفاع بها من حيث الدواعي ٭

قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد وهذا لان ما يكون عوضا عن الملك في المحل يجب جملة لان الملك في المحل يحصل للزوج جملة فلما لم يجب جملة علم ان وجوبها للاحتباس الموصل الى المستحق بالنكاح

قوله ولكن تجب لها نفقة الحضر اي يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر لا ما كان قيمة له في السفر لان هذه الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها فلا يكون ذلك على الزوج ٭

وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه ه

قال وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجب عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر من نفقة خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رح لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما

قوله وان مرضت في منزل الزوج يريد به اذا حولت الى بيته صحيحة ثم مرضت في بيتها قوله وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه حيث قال وان مرضت في منزل الزوج وهذا انما يكون بعد ما حولت الى بيته وان مرضت ثم حولت الى بيته فلا نفقة لها ما به وفي الذخيرة وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة وكذلك لو مرضت في منزلها الا انها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق فتستحق النفقة قوله ونفقة خادمها

ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي رحمه الله يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه كما في التفريق في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل

ذكر في الذخيرة هذا اذا كان للمرأة خادم اما اذا لم يكن للمرأة خادم لا تفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلثة وهو نظير القاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال كذا هذا وعن زفر رحمه الله انه تفرض لخادم واحد ثم هي تقوم بذلك بنفسها او تتخذ خادما وفي الذخيرة ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله في الخادم اي خادم المرأة يستحق النفقة على الزوج منهم من قال للمملوك لها حتى لو كان حرا ولم يكن مملوكا لها لا تستحق النفقة ومنهم من قال كل من يخدمها حرا كان او مملوكا لها او لغيرها تستحق وفي فتاوى سمرقند ان المرأة اذا كانت من بنات الاشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا كانت فائقة بنت فائق زفت الى زوجها مع خدم كثير استحقت نفقة الخدم كلها فان قال لامرأته لا انفق على احد من خدمك ولكن اعطي خادما من خدمي ليخدمك فابت يجبر على نفقة خادم من خدمها فربما لا يتهيأ لها استخدام خدمه ٭

قوله ويقال لها استديني عليه ذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه [illegible] الاستدانة على الزوج وهو الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج

وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان تمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذاقضي القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وماقضي به تقدير النفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذامضت مدة ولم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلاشيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة اوصالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد وهوالقبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة وكذا اذاماتت الزوجة لان النفقة صلة

قوله وفائدة الامر بالاستدانة انه اذا استدانت على الزوج بامر القاضي فلرب الدين ان يرجع بذلك على الزوج كان له ان يأخذ من المستدينة **قوله** لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي حيث يثبت الحق عليه باقراره على نفسه بدون الحجة ولاتثبت ولاية القاضي بدون الحجة **قوله** وان مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت هذا اذا فرض لها القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة فاما اذا امرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات احدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد في المختصر وذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه انه يبطل ايضا والصحيح ما ذكر في المختصر لان استدانتها بامر القاضي وللقاضي ولاية عليه بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو ان الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت احدهما كذا ههنا

والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قدبينا ه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها بشيء وهذا عندابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تحتسب لها نفقة ما مضى ومابقي فهو للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد بشيء منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها بشيء لانه يسير فصار في حكم الحال واذ تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت

قوله والصلات تسقط بالموت لايقال لو كانت النفقة صلة لما وجبت على المكاتب لانا قلنا صلة من وجه وماهذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج **قوله** واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها فلما بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع العبد ثانيا قال شمس الايمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة ه

وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحرامة فبواها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوءها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوية ان تخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوية سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها

قوله وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وقيل اذا قتل كانت النفقة في قيمته قال الشيخ ابوالحسن القدوري رحمه الله تعالى وهذا ليس بصحيح لان القيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط به والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل

قوله وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قال الامام ابو منصور الماتريدي رحمه الله تأويل هذه الآية اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم يدل على صحة هذا التأويل قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وانفقوا عليهن من وجدكم

لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب واولاده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه

قوله لما بينا اي لانها يتضرر به فان اسكنها في منزل ليس فيها احد فشكت الى القاضي ان الزوج يضربها ويؤذيها وسألت من القاضي ان يأمره بان يسكنها بين قوم صالحين فان علم القاضي ان الامر كما قالت المرأة زجره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها وان ذكروا انه لا يؤذيها تركها وان لم يكن في جواره من يوثق به او كانوا يميلون اليه امره ان يسكنها بين قوم صالحين ويسأل عنهم ويبنى الامر على خبرهم كذا في نكاح الذخيرة **قوله** وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحرم من الزيادة في كل شهر **قوله** لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها فكان قضاء القاضي فتوى منه واعانة على اخذ الحق لا قضاء اذ القضاء الزام امر لم يكن لازما قبل القضاء ونفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء فكان القضاء ايفاء لما وجب فجاز فان قيل يشكل على هذا الواحصر

لا سيما هنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه فان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه

صاحب الدين غريما او مودعا للغائب وهما معترفان بان هذا المدعي له دين على الغائب لا يأمر القاضي بقضاء دينه من الوديعة ومن الدين وان كانا معترفين بالدين وبمال الغائب قلنا لان القاضي يأمر في حق الغائب بما هو نظر له وفي الامر بانفاق المرأة نظر له بابقاء ملكه وليس في قضاء الدين ابقاء ملكه بل فيه قضاء عليه بقول الغير

قوله لا سيما هنا فان صاحب اليد لو انكر الزوجية او كونه مال الغائب لا يمكن للمرأة اقامة البينة لا على الزوجية ولا على كونها مال الغائب فتعين هذا الاقرار طريقا لوصول الحق الى المستحق فكان اولى بالقبول من اقرار كان لصاحب الحق امكان اثبات حقه بدون اقراره بالبينة **قوله** فان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية كان ابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه يقول اولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا لها في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ثم رجع وقال لا يقبل بينتها على ذلك وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليسا بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه بالبينة كذا في المبسوط **قوله** وكذا الجواب في الدين يعني مديون الغائب لو اقر بدينه وبالزوجية فالحكم كذلك **قوله** واما عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

قال ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة و لم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله لان هناك المكفول له مجهول وهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب ٭

قال ولا يقضي نفقتها في مال غائب الا لهؤلاء و وجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية اولم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي بنفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب و قال زفر رحمه الله يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها

فانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه يكون على طريق الحجر وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ ٭

قوله ويأخذ منها كفيلا بها اي بالنفقة قال شمس الايمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه يحلفها انه لم يعطها النفقة فاذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا وفي ادب القاضي للخصاف ان القاضي اذا استوثق منها بكفيل فحسن وان لم يأخذ كان جائزا قال الصدر الشهيد رحمة الله تعالى عليه والصحيح ما ذكره شمس الايمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه

قوله انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه فعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين ولهذا قلنا لو ظفر واحد من الاقارب بجنس حقه

وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها والله تعالى اعلم بالصواب • ٧١

لم يكن له الاخذ الابقضاء او رضاء فالحاصل ان ما كان مختلفا فيه لا يتقوى الابقضاء القاضي وليس للقاضي ان يوجه القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمد يده ويأخذه من غير قضاء القاضي فكان حكم القاضي اعانة لا قضاء •

قوله وان جحد يحلف اي ان لم تكن للمرأة بينة **قوله** وان عجزت يضمن الكفيل اي ان عجزت المرأة عن اقامة البينة وقد حلف الزوج وقد انفق القاضي عليها من مال الزوج يضمن الكفيل او المرأة **قوله** وعمل القضاة اليوم على هذا اي على قول زفر رحمه الله تعالى يقبلون البينة من المرأة ويفرضون النفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وقال في المحيط وهو ارفق بهم وان انفق المودع او المديون على والد رب الدين وولده او امرأته بغير امره ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع المنفق على من انفق **قوله** وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها كان ابوحنيفة رحمه الله يقول اولا يقضي بالنفقة على الغائب ثم رجع وقال لا يقضي وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا يقضي قولا واحدا وكان ابويوسف رحمة الله تعالى عليه يقول اولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع وقال لا تقبل والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل

واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعد قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطئ واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله وسلم سكنى ولانفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لاتجب للمتوفي عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة صيانة للولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا

فصل

قوله وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوته وهي المطلقة ثلثا او بعوض حتى بانت عندهم جميعا الا اذا كانت حاملا لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان قيل فمن اين يعلم ان هذه الآية في حق المطلقات قلنا علم ذلك من آخر الآية حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغيات بوضع الحمل فان قيل لو وجبت النفقة في الحامل لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة حيث قال وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن قلنا لذكر الشرط والتخصيص فائدة سوى النفي وهي انه انما خص الحامل بالذكر لان الحامل انما تستحق النفقة بقدر ثلثة اقراء فيقع الاشكال ان الحامل تستحق بذلك القدر او الزيادة

وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة و رده ايضا زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم •

قال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا و لا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة

الى تمام مدة الحمل وان طالت فازال الاشكال وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن

قوله وحديث فاطمة رضي الله تعالى عنها رده عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت ذكر فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه في اصول الفقه وقال عيسى بن ابان اراد بالكتاب والسنة القياس وهو ان النفقة والسكنى تعلقا بالنكاح والعدة من حقوقه فكما بقي باعتبار هذا الحق استحقاق السكنى فكذا النفقة وقد روي ان زوجها اسامة بن زيد اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده وعن عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت تلك امرأة فتنت العالم اي بروايتها هذا الحديث وان ثبت فتأويله ان زوجها خرج الى اليمن ووكل اخاه بان ينفق عليها خبز الشعير فابت ذلك ولم يكن الزوج حاضرا ليقضي عليه بشيء آخر •

وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلانفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطئ وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لايسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولاعمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق والله تعالى اعلم بالصواب ●

قوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية فلا نفقة لها اما السكنى فواجبة لها باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها فلايسقط ذلك بمعصيتها واما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمجيئ الفرقة من قبلها بمعصية وان جامعها ابن الزوج مكرهة تقع الفرقة ولاتسقط النفقة **قوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلايكون في بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لايستوجب نفقة حال قيام النكاح كالمحبوسة بالدين فكذا لا يستوجب نفقة في العدة حتى اذا ارتدت ولم تحبس بعد بل هي في بيت زوجها فلها النفقة **قوله** معناه مكنت بعد الطلاق هذا اذا كان الطلاق بائنا اوثلثا واما المعتدة من طلاق رجعي اذا مكنت ابنه او ارتدت فحبست اولا فلانفقة لها لان النكاح باق فكانت الفرقة حاصلة بمعصية فتسقط النفقة ولا كذلك في الطلاق البائن والله تعالى اعلم بالصواب ●

فصل

و نفقة اولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالىٰ وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالىٰ لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع ٭

قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجة او معتدة لترضع ولدها لم يجز

فصل

قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لقوله تعالىٰ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وجه التمسك بهذه الاية ان المولود له هو الاب فلما وجبت نفقة المرضعات على الوالد بسبب الولد فنفقة الولد اولى ان تجب ولان اللام في قوله تعالىٰ وعلى المولود له للاختصاص فصار الولد كالعبد ونفقة العبد تجب على المولى لا يشاركه غير المولى فكذا هنا وفي المبسوط ويجبر الرجل على نفقة اولاده الصغار بقوله تعالىٰ فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك اذ هما لا يتفاوتان من حيث النفقة **قوله** وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه وعند مالك رحمة الله تعالىٰ عليه تجبر ان لم تكن شريفة **قوله** اما اذا كان لا توجد

لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام وان استاجرها وهي منكوحته او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية وان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية

من ترضعه تجبر على الارضاع وقيل لا تجبر الام في ظاهر الرواية لان الولد يتغذى بالدهن وسائر المائعات فلا يؤدي الى الضياع والى الاول مال القدوري وشمس الائمة السرخسي رحمهما الله تعالى ٭

قوله لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فهو امر بصيغة الخبر ولان عقد النكاح للسكن ولا سكن الا بعد اجتماعهما على اقامة المصالح ومن جملة ذلك الارضاع واصل هذا ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل امور خارج البيت على علي رضي الله تعالى عنه وامور داخله على فاطمة رضي الله تعالى عنها **قوله** وجه الاول انه باق

ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلا طلاق ما تلوناولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافر وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ماذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان اوكبيرا والله تعالى اعلم بالصواب ٭

في حق بعض الاحكام ولهذا تجب النفقة والسكنى فيها ولو دفع زكوته الى معتدته عن طلاق بائن او ثلث اوشهد لمعتدته عن طلاق بائن او ثلث لم يجز فلا يصح استيجارها كما في حال قيام النكاح ٭

قوله ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن والاب كافر اواسلمت ام الصغير والاب كافرا وارتد الصغير والعياذ بالله والاب مسلم لما ان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح ثم الولد اذا لم يكن له مال فابى ان يكتسب وينفق على اولاده يجبر على ذلك ويحبس بخلاف سائر الديون فان كان الاب عاجزا عن الكسب مابه من الزمانة اوكان معقدا يتكفف الناس وينفق عليهم هكذا ذكر في نفقات الخصاف رحمة الله تعالى عليه ومن المتاخرين من قال نفقة الاولاد في مثل هذه الصورة في بيت المال لانه اذا كان بهذه الصفة تكون نفقته في بيت المال فكذا نفقة اولاده والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل

وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين

فصل

قوله وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده الى قوله وان خالفوه في دينه معناه اذا كانوا من اهل الذمة اما اذا كانوا من اهل الحرب فلا نفقة لهم **قوله** وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين دل عليه السابق وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا اي في امور الدنيا بالمعروف وهي الطاعة [illegible] عليه الصلوة والسلام حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا

لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم، وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح

قوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين قال الله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين يقاتلونكم في الدين واخرجوكم من دياركم **قوله** لان النفقة متعلقة بالارث بالنص قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والحكم اذا رتب على اسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة لذلك الحكم كما في قوله تعالى والسارق والسارقة **قوله** بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث قال عليه السلام من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه **قوله** ولان القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد لان له اثرا في الاحسان الا ترى ان الله تعالى حقق الاخوة بسبب الدين ودوام ملك اليمين اقوى في قطعة الرحم من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة اي في دوام ملك اليمين القرابة القريبة وفي الادنى اي في حرمان النفقة العلة المؤكدة اي القرابة مع اتفاق الدين **قوله** لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك **قوله** وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح احترز به عن رواية الحسن عن ابي حنيفة

لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا اوكانت امرأة بالغة فقيرة اوكان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذارحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمي امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب •

رحمة الله تعالى عليه ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس نفقة ذوي الارحام *

قوله لان المعنى يشملهما وهو ما للاب من التأويل في مالهما وكونهما اقرب الناس اليه **قوله** والنفقة لكل ذي رحم محرم وقال ابن ابي ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما كان اوغير محرم لظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقال الشافعي رحمه الله لاتجب النفقة على غير الوالدين والمولودين لان استحقاق الصلة عنده باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق احد على احد الا الوالدان والمولودون عنده اوجعل قرابة الاخوة كقرابة بني الاعمام وحمل النص على نفي المضارة دون النفقة وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنه ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فقيد المطلق به وقد قال عمر وزيد رضي الله عنهما وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة وهذا لان نفي المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث وقوله ذلك ينصرف الى فوقه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف

قال وتجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق ۔

قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمه الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولابد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير

قوله لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار وهذا لان الاصل ان الحكم متى رتب على الاسم المشتق من معنى كان مأخذ اشتقاق ذلك الاسم علة لذلك الحكم كالزاني والسارق فكان الارث علة لاستحقاق النفقة فتقدر بقدر الارث لان الاحكام تثبت بقدر علته

قوله غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه اي بعد ان يكون وارثا في الجملة وان كان محجوبا بغيره لان سبب استحقاق النفقة حال الحياة [illegible] سبب الارث لا باعتبار الارث اذ لا يتصور وجود الارث حال الحياة [illegible]

لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم بدونها ولا يعمل في مثلها الا عسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد رحمه الله انه قدره بما يفضل من نفقة نفسه وعياله شهرا اوبما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه

حال حوة القريب ولايجري الارث حال الحيوة فلوكان للمعسر خال وابن عم فنفقته على خاله لانه محرم ويحرز ميراثه ابن عمه لانه عصبة وهذا لان سبب الارث ثابت للخال فان ابن العم لومات قبل الخال يحرز ميراثه الخال فاذا استويا في المحرمية واهلية الارث يترجح من كان وارثا في الحال فلوكان له عم وخال او عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لاستوائهما في المحرمية ويترجح العم بكونه وارثا في الحال ولوكان العم معسرا فالنفقة على العمة والخالة اثلاثا على قدر ارثهما ويجعل العم كالميت واذا اجتمع المعسرون والموسرون يقدر المعسر موسرا وتقسم النفقة عليهم ثم يسقط نصيب المعسر ويجب كل النفقة على الموسرين كصغير له ام واخت لاب وام واخت لاب واخت لام والاخت لاب وام والام موسرتان والاخريان معسرتان تجب النفقة على الام والاخت لاب وام ارباعا فاعتبرنا المعسرتين موسرتين حتى يوزع على ستة اسهم على قدر ميراثهن ثم يسقط نصيب المعسرتين بالاعسار فتبقى اربعة اسهم وهو نصيب الموسرتين فيجب كل النفقة عليهما ارباعا ثلثة اسهم على الاخت وسهم على الام ولايلحق المعسرتان بالاموات والا لوجبت النفقة على الموسرتين اخماسا خمساها على الام وثلثة الاخماس على الاخت ٭

قوله لانه التزمها بالاقدام على العقد اي التزم نفقة الزوجة واما ولده الصغير فلانه جزؤه فكما لا يسقط عنه نفقة نفسه لعسره فكذا نفقة طفله **قوله** والفتوى على الاول

واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهذا استحسان واذا باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ حالة الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا من جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به

وهو ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو ان يملك مما فضل عن حاجته ما يبلغ مائتي درهم فصاعدا وهو الصحيح وهذا لانه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنى موجب للزكوة وانما يشترط غنى محرم للصدقة فكذا في حق ايجاب النفقة لان النفقة اشبه بصدقة الفطر منه بالزكوة لان في صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى الصدقة فاذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجب للزكوة وهي صدقة من وجه ومؤنة من وجه فلان لا يشترط لوجوب النفقة غنى موجب للزكوة وانها مؤنة من كل وجه كان اولى ٭

قوله واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز وفي قولهما لا يجوز وهو القياس لان

واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى •

قال الا ان يأذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة والله تعالى اعلم بالصواب •

ولاية الاب ينقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا لولده الغائب فان الابن اذا بلغ وهو غائب فللاب ووصي الاب بيع عروضه تحصينا على ولده الغائب وههنا هو لا يبيع تحصينا على الغائب وانما يبيع لنفسه وليست له هذه الولاية الا ترى ان استحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لا يبيع عروض الولد في نفقتها فكذلك الاب ولكن استحسن ابو حنيفة رحمه الله فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ لكن بقي اثرها ولهذا صح منه الاستيلاد في جارية الابن فلبقاء اثر ولايته كان له ان يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العين يخشى عليه الهلاك وحفظ الثمن ايسر وفي الذخيرة ثم ذكر ههنا ان الاب يملك بيع منقول ابنه الكبير الغائب والام لا تملك وذكره في الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فاما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري يملك واما ان يكون المسئلة على الاتفاق بان الام لا تملك وتأويل ما ذكر في الاقضية والقدوري ان الاب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر •

قوله واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت بخلاف

فصل

وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله صلى الله عليه وسلم في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ماذكرنا ونفقة المملوك لاتصير دينا فكان ابطالا

نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي حيث لايسقط بمضي المدة وكذلك لايسقط دين الاستدانة في ذوي الارحام واذا فرض القاضي للمرأة عشرة دراهم نفقة شهر فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيئ يفرض لها القاضي عشرة اخرى لشهر اخر ولو كان مثل هذا في الاقارب بان بقي شيئ من الدراهم ومضت المدة لايقضي باخرى واذا فرض القاضي للمرأة الكسوة او النفقة لوقت مقدر فهلكت الكسوة او النفقة او سرقت او حرقت الكسوة او اكلت النفقة قبل الوقت ليس عليه ان يكسوها وينفق عليها اخرى واما اذا فرض الكسوة او النفقة للاقارب فضاعت من ايديهم قبل مضي الوقت فان القاضي يفرض لهم مرة اخرى والله تعالى اعلم بالصواب.

فصل

قوله وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده فان امتنع فكان لهما كسب اكتسبا وانفقا ذكر في التجنيس رجل له عبد لاينفق عليه هل للعبد ان يأكل من مال مولاه ان كان قادرا

وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا تجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى من تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا والله تعالى اعلم بالصواب •

على الكسب ليس له ذلك وان لم يكن قادرا على الكسب له ذلك اذا اعتق عبدا صغيرا او امة لا تجب النفقة على المعتق لانه ليس بذي رحم محرم منه وان كان عصبته فصار كابن العم •

قوله وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق اذا كانت الدابة كلها مملوكة لرجل لا يجبره القاضي على الانفاق عليها ولو كانت مشتركة يقول له القاضي للابي اما ان تبيع نصيبك او تنفق عليه رعاية لجانب الشريك وهذا لان الشريك من اهل الاستحقاق وان لم تكن الدابة من اهل ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر على الانفاق في البهائم ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله لان فيه اضاعة المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان والاصح ما قلنا لان اجبار القاضي على الانفاق نوع قضاء ولابد للقضاء من مقضي له وهو من اهل الاستحقاق وهو موجود في الرقيق لانه من اهل ان يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق حقوقا على المالك فلا يصلح مقضيا له ففات شرط القضاء فامتنع القضاء والله تعالى اعلم بالصواب •

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه و سلم ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد و المرأة الامة لتتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء ٥

كتاب العتاق

العتاق والعتق عبارتان عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوي وطار عن وكره ومنه عتاق الطير لاختصاصها بمزيد القوة والخمر اذا تقادم عهدها تسمى عتيقا لاختصاصها بزيادة القوة والكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك من نفسها وفي الشرع عبارتان عن قوة حكمية تصير المرء بها اهلا للملك على نفسه وعلى غيره والحرية عبارة عن الخلوص يقال طين حر اي خالص عما يشوبه وارض حرة اي خالصة لاخراج لها ولا عشر وفي الشرع عبارة عن خلوص حكمي يظهر في الآدمي بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكمي اما بازالة الملك او بازالة الرق يسمى اعتاقا وتحريرا قال الاعتاق تصرف مندوب وان لم يكن عبادة حتى يصح من الكافر

قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لايصح الافى الملك ولاملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولذا لوقال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لوقال الصبي كل مملوك املكه فهوحر اذا احتلمت لايصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه

دل على كونه مندوبا بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب قال الله تعالى فك رقبة وهوان يعين في ثمنها الى ان قال الله تعالى اولئك اصحاب الميمنة اذا كانت الاعانة بهذه المثابة فكيف الاعتاق والسنة ماذكر في الكتاب والاجماع ظاهر والمعقول فانه تمكين المكلف من اداء العبادات اجمع والتأمل في آيات الآفاق والانفس كما في قوله تعالى سنريهم آياتنا في الآفاق والانفس ●

قوله لان الصبي ليس من اهله اي ليس من اهل انشاء العتق وهواهل للعتق بسبب الملك وذكر في الفصل الذي يليه والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة **قوله** ولهذا لوقال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله يستدل بهذه المسئلة على ان الصبا حالة منافية للاعتاق فانه لما اسند الاعتاق الى تلك الحالة صح لاسناده الى حالة منافية للاعتاق فكان القول قوله لانه منكر للاعتاق والقول قول المنكر **قوله** لانه ليس باهل لقول ملزم لايقال انه اهل لقول ملزم فانه لوكان صبي في يدرجل فاقربالرق صح اقراره حتى لوادعى بعده حرية الاصل لايقبل دعواه لانه ظهر رقه حيث اقربرقه ويد صاحب اليد دليل الملك فلم تنقض يده الثابتة ظاهرا بلاحجة ●

حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم

واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او قد اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغني ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور وهذا هو حقيقة فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له فيما اخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية

قوله حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ بل يتوقف على اجازة المالك لا ؟؟ وسنقرره ان شاء الله تعالى اي في مسئلة يا ابني وقال فيها على ما بيناه اراد به هذا الموضع

قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع او الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على مانبين من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني

قوله بخلاف قوله طلقتك اي في قوله اطلقتك يثبت العتق ولا يثبت في قوله طلقتك وان كانا سواء في اللغة لان قوله طلقتك صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه واما قوله اطلقتك فلم يستعمل فيه ثم بينه وبين قوله خليت سبيلك مناسبة يقال اطلقه عن الشيء اذا خلي سبيله فهو كقوله خليت سبيلك **قوله** لان السلطان عبارة عن اليد اي عن القدرة على الفعل ولا ينبئ عن الملك في الذات كالسلطنة لا يوجب للسلطان ملكا في رقاب الناس انما يوجب قدرة الفعل عليهم **قوله** وقد يبقى الملك دون اليد اي نفي الملك ليس من لوازم نفي اليد لانه يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب فلا يلزم من نفي اليد نفي الملك في قوله لا سلطان لي عليك بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفي السبيل مطلقا بانتفاء الملك ولهذا بقي للمولى على المكاتب سبيل حيث يطالبه ببدل الكتابة فلهذا صار قوله لا سبيل لي عليك كناية عن العتق لانه من لوازم نفي السبيل وعن الكرخي رحمه الله تعالى انه قال مرّ عمري وما انفتح لي وجه الفرق بين نفي السبيل والسلطان والفرق على ما قيل من وجهين

وثبت على ذلک عتق ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لايولد مثله لمثله
اذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة
بالملک ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب
الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لايثبت نسبه منه للتعذر ويعتق
اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء
الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يامولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان

احدهما ان السلطان عبارة عن الحجة وعن اليد ونفي كل واحد منهما لايستدعي نفي الملك
كالمكاتب يثبت الملك للمولى فيه دون اليد فامانفي السبيل من كل وجه يستدعي العتق
فان للمولى على مكاتبه سبيلا من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى لو انتفى ذلک بالبراءة
يعتق ايضا والثاني ان العتق في نفي السبيل محتمل وفي نفي السلطان محتمل المحتمل
فلايثبت الاول دون الثاني بيانه ان نفي السلطان يحتمل نفي الحجة ويحتمل نفي اليد
ثم نفي اليد يحتمل نفي الملک ويحتمل غيره فامانفي السبيل يحتمل انتفاءه بالعتق
وبغيره يعني لاسبيل لي عليک في اللوم والعقوبة *
قوله وثبت على ذلک معناه لم يقل اخطأت اوغلطت قيل ان شرط الثبات لثبوت النسب
لا لثبوت العتق اذ الرجوع عن العتق لايصح وعن النسب يصح نص عليه فخر الاسلام رحمه الله
قوله ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه وفي الكافي للعلامة
النسفي رحمه الله ولافرق بين ان يكون جليبا او مولدا لان صحة دعوة المولى باعتبار
الملک وحاجة المملوک الى النسب قلت قوله جليبا انما يصح اذا كان جليبا غير ثابت
النسب في مسقط رأسه اما اذا كان ثابت النسب في مولده لايثبت نسبه من المولى **قوله** ويعتق
اعمالا للفظ في مجازه ذكر فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في اصول الفقه انه يثبت

ينتظم الناصر وابن العم والموالاة فى الدين والاعلى والاسفل فى العتاقة الا انه تعين للاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى فى الدين اوالكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مراد التحق بالصريح والنداء بلفظه الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق فى الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ماذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا

النسب في حق المقر ويعتق بحقيقته دون مجازه لان ذلك ممكن والنسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرو فيكون المقر مصدقا في حق نفسه *

قوله ينتظم الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وقال الله تعالى انت مولانا وكذا ابن العم قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي **قوله** والثالث نوع مجاز وهو الموالاة فى الدين وذلك لان المولى من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرقي والمغربي حقيقة وبينهما موالاة فى الدين فيكون بطريق المجاز **قوله** واما الثاني وهو قوله يا مولاي عطف على قوله واما الاول **قوله** وقال زفر رحمه الله لا يعتق فى الثاني اي بدون النية لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به لان قوله مولاي حقيقة فى المعتق لان له ولاء عليه وقد تعين مراد الما ذكران اسم المولى ينتظم الناصر وابن العم والموالاة فى الدين والاعلى والاسفل فى العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له

ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناله بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر

فصار قوله يا مولائي وقوله يا حر يا عتيق بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق لان في قوله يا مولائي تثبت صفة في العبد من جانب المنادي وهو اثبات ولاء له عليه وذلك لا يكون الا بسابقة العتق وهو ولاء العتاقة فيثبت العتق لانه مما يمكن اثباته في الحال من جانب المنادي اما قوله يا مالكي يا سيدي لا تثبت بهذين اللفظين صفة في العبد من جهة المنادي لانه لو ثبت بها الحرية لا يكون العبد سيدا ومالكا لمولاه فحمل على الاكرام ولا يقال لم لا يحمل قوله يا مولائي على مولى الموالاة حتى لا يعتق واللفظ يحتمله كما يحتمل ولاء العتاقة لانا نقول لم يجر عقد الموالاة بينهما وهو عقد لا يقوم باحد الطرفين بل يقوم بهما فلم يمكن حمله عليه واما ولاء العتاقة فالمولى ينفرد باثباته لانه يثبت بالاعتاق والاعتاق مما ينفرد به المولى ه

قوله ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى بالاستحضار فان قيل لم لا يحمل على المجاز وهو الحرية كما في قوله هذا ابني قلنا لو لم يحمل هناك قوله هذا ابني يلغو كلامه اصلا واما قوله يا ابني لو لم يحمل على الحرية لا يلغو كلامه بل يحمل

وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق اوقبل ان تخلق ولابي حنيفة رحمه الله انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته

على معنى مقصود في النداء وهو استحضار المنادى مع ان النداء لا يراعى فيه المعنى ولا يلتفت اليه ولكن انما تثبت الحرية بقوله يا حر مع وجود هذا الاصل لما ان لفظ الحرية لما كان من صريح الفاظ العتق قام اللفظ الصريح مقام معناه فصار كانه اثبت ذلك المعنى فيه اولا ثم استحضر بالنداء بخلاف لفظ الابن فانه ليس بصريح فيه *

قوله وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا والشافعي رحمه الله لا يعتق لانه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق اوقبل ان تخلق بخلاف معروف النسب ويولد مثله لمثله لان كلامه محتمل لجواز ان يكون مخلوقا من مائه بالوطئ عن شبهة وقد اشتهر نسبه من الغير الا ترى ان ام الغلام لو كانت في ملكه يصير ام ولده ثم لا يصير ام ولده ههنا ولابي حنيفة رحمه الله انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه وهذا بناء على ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما فيقتضي تصورا لحكم ولا تصور لحكم الحقيقة هنا بخلاف معروف النسب فان النسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرو فكان الاصل متصورا فيجوز اثبات المجاز خلفا عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله المجاز خلف عن الحقيقة في حق التكلم لا في حق الحكم لانه تصرف من المتكلم واقامة كلام مقام كلام فتشترط صحته من حيث انه مبتدأ وخبر وقد وجد وتعذر العمل بحقيقته وله مجاز متعين فصار مستعارا لحكمه بلا نية كالنكاح بلفظ الهبة وان كانت الحرة لا يقبل حكم اصل الهبة وهو ملك الرقبة

اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك خطأ فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له

قوله اجماعا او صلة للقرابة يعني البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا على حسب الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله فيما هو العلة فان علة الحرية قرابة الولادة عنده وعندنا القرابة المحرمة للنكاح فقال اما اجماعا باي علة كانت او للعلة التي قلنا وهي صلة القرابة المحرمة للنكاح وكيف ما كان البنوة سبب الحرية واطلاق السبب على المسبب جائز مجازا بخلاف قوله اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق فانه اضاف العتق الى حالة تنافي تصور الاعتاق منه اصلا ورأسا فتعين الالغاء وبخلاف ما اذا اقر بقطع يد صحيح اليد لان قطع اليد خطأ سبب لوجوب مال مكيف في السنتين لا يمكن ايجابه بدون القطع وما امكن ايجابه من مطلق المال لا يكون القطع سببا له فتعذر جعل الاقرار بقطع اليد مجازا عن الاقرار بمطلق المال على ان قطع اليد سبب لوجوب المال على العاقلة لو جعل مجازا عن الاقرار بوجوب المال لكان هذا اقرارا بوجوب المال على العاقلة والاقرار على الغير باطل ولا يقال بانه لم لا يجعل اقرارا بما يخصه من الدية لان لازمة قطع اليد وجوب المال موزعا على العاقلة فبايجاب المال قصرا على واحد من العواقل لا يكون لازمة قطع اليد فلا يصح المجاز بخلاف الحرية فانها لا تختلف باختلاف اسبابها فما هو لازم البنوة امكن ثبوته بالاقرار وما ثبت بالاقرار عين ما كان

اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي اوامي
ومثله لا يولد لمثله فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي
قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب
له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل
مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

لا زما بالبنوة فان قيل على ما قال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله كان ينبغي
ان لا يصح قولهم هذا اسد للانسان الشجاع ولا خلاف لاحد في صحته قلنا هذا ليس من هذا
الباب فان الغرض منه التشبيه والمراد هذا كاسد ولو كان مستعارا فمبناه على التشبيه استعار
الاسد للشجاع وادعى انه هذا الهيكل المخصوص مبالغة في التشبيه وانما يحصل الغرض
هنا اذا لم يتصور حكم الحقيقة فلا يكون من هذا الباب في شيء وانه ظاهره
قوله اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فان قيل الحرية الثابتة في قوله هذا ابني وهو اكبر
سنا منه غير الحرية الثابتة بحقيقة البنوة ايضا كما في ارش اليد على ما ذكر وذلك لان الحرية
الثابتة بحقيقة البنوة موجبة للارث وحرمة المصاهرة وغيرهما من الاحكام والحرية
الثابتة بقوله هذا ابني لا يثبت شيئا من ذلك فلما كانتا غيرين كانت مسئلتنا هذه عين
مسئلة الارش قلنا الحرية لا تتفاوت ذاتا وهو زوال الرق ولا يتفاوت حكما اصليا وهو صلاحية
القضاء والشهادة والولايات كلها وكانت الحريتان سواء وما ذكرته من الثمرات فلا يبالى به
قوله وقيل لا يعتق بالاجماع والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان قوله هذا جدي لا موجب له
في الملك الا بواسطة الاب والاب غير مذكور في لفظه وهذا تصرف لفظي فتصح الاستعارة في المذكور
في غير المذكور والمذكور لا موجب له بنفسه الا بواسطة غير مذكورة فلا تصح الاستعارة بخلاف

ولوقال هذا اخي لا يعتق في ظاهرالرواية وعن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه

قوله هذا ابني لان المذكور هوالبنوة ومن موجبه الحرية في الملك بلا واسطة فتصح الاستعارة ه

قوله ولوقال هذا اخي لايعتق في ظاهرالرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يعتق ووجه الروايتين مابيناه وجه ظاهرالرواية ماذكر في مسئلة الجد انه لاموجب لقوله هذا جدي الا بواسطة وتلك الواسطة غيرمذكورة وكذلك قوله هذا اخي لاموجب له الا بواسطة الاب والام لانه عبارة عن مجاوزة في صلب اورحم وتلك الواسطة غير مذكورة وجه ماروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق وهو رواية الحسن عنه ان للاخوة في ملكه موجبا وهوالعتق كما في قوله هذا ابني وذكر في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فامااذا ذكره مقيدا وقال هذا اخي لابي ولامي يعتق من غير تردد لمان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة بدون البيان وفي مجموع النوازل لوقال لغلامه هذا عمي اوقال هذا خالي اوقال لامته هذه عمتي اوهذه خالتي يعتق ولوقال هذا اخي اوهذه اختي لا يعتق لان الاخ اسم مشترك بخلاف اسم العم والخال فان قيل البنوة ايضا تختلف بين رضاعة ونسب كيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني قلنا ان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة

ولو قال لعبده هذا بنتي فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وإن قال لامته انت طالق اوبائن او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشائخهم رحمهم الله له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا تصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه

قوله ولو قال لعبده هذا بنتي فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع اي لا يعتق لان المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل والذكر والانثى من بني آدم جنسان مختلفان فاذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ولا يمكن تصحيح الكلام ايجابا ولا اقرارا في المعدوم **قوله** وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له ولو كان النكاح في حكم ملك المنفعة لكان التاقيت من شرطه والتابيد مبطلا له كما في الاجارة **قوله** وعمل اللفظين اي قوله انت حر انت طالق **قوله** ولهذا يصح التعليق فيه اي في الاعتاق وانه مما يوضح كون عمله في الاسقاط **قوله** اما الاحكام تثبت بسبب سابق جواب للشافعي رحمه الله عن قولنا ان الاعتاق اثبات القوة ولهذا نثبت به احكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فلا يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض قال ان الاعتاق

ولنا انه نوى مالا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيي فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن والله تعالى اعلم بالصواب*

اسقاطا ايضا بدليل صحة التعليق فيهما ولا يرد على ثبوت تلك الاحكام لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه مكلفا غير ان الرق كان مانعا وبالاعتاق زال المانع فصار كالطلاق *

قوله ولنا انه نوى مالا يحتمله لفظه كما لو قال اسقني ونوى به العتق وهذا لان الطلاق لا يحتمل العتاق حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا لانه لا يكون بلا مشابهة ولا مشابهة بينهما لان الاعتاق اثبات القوة اذ العبد الحق بالاموات لان الرق اثر الكفر هو موت حكما وبالاعتاق يحيي ويقدر ويصير اهلا للمالكية والطلاق رفع القيد لانها بعد النكاح بقيت حرة قادرة كما كانت لكنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة الكاملة فيها ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح بدليل انه يدخل فيه ملك المتعة تبعا ولا ينعكس فكان اسقاطه اقوى لانه يزيل اقوى الملكين ولانه يزيل ملك الرقبة وملك المتعة في محله ومن شرط المجاز انه لا يكون

فصل

و من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر

عمله في محل المجاز اقوى من عمله في محل الحقيقة لان عمله في محل حقيقته ازالة المانع من الفعل فقط وفي محل المجاز اثبات القدرة وازالة الضعف ولا شك ان الثاني اقوى ولهذا لا يعتق بانت طالق وان نوى به العتق وتطلق بانت حرة ان نوى به الطلاق فان قيل ملك النكاح في حكم ملك العين فيكون رفعه في حكم رفع ملك اليمين ايضا قلنا ولكنه في الحقيقة ليس بملك عين فانها حرة مالكة نفسها فلم يكن ما يرفع ذلك الملك في معنى ما يرفع ملك الرقبة من كل وجه فان قيل الآدمي خلق مالكا لنفسه بحيث ينطلق حيث شاء وبملك اليمين يمتنع ذلك كما في النكاح قلنا لا كذلك بل الآدمي حيوان كالبهيمة وبكونه حيوانا لا يملك نفسه ولا غيره بل بصفة الحرية يملك وهذه الصفة تزول بالرق فتزول المالكية وهي علة ملك الانطلاق شرعا وبالتحرير تثبت المالكية وصفة المالكية لا تزول بالنكاح بل النكاح يمنع استعمال العلة مع وجودها وهذا كما تسقط القوة بالمرض فيداوى فيقوي على المشي والموثق يرفع وثاقه فيقدر على المشي فلا يكون بين رفع الوثاق وبين اثبات القوة بالمداواة تشاكل والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل

قوله ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله تعالى عنهم

و اللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي رحمه الله تعالى عليه يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد

قوله واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة اي لفظ ذا رحم محرم عام كانه اراد به العام بعموم الصفة لان ذا رحم يستدعي موصوفا لا محالة فيكون المعنى من ملك انسانا ذا رحم محرم منه وقوله فهو حر الضمير يرجع اليه فيعم بعمومه ثم عند اصحاب الظواهر منهم داؤد الاصفهاني اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه فهذه تنصيص على انه يستحق عليه اعتاقه ولو عتق بنفس الشراء لم يكن لقوله عليه السلام فيعتقه معنى ولان القرابة لو اوجبت رفع الملك لمنعت وقوعه كما في ملك النكاح فلما لم يمنع ثبوت الملك لم يمنع البقاء بالطريق الاولى ولنا ان الفاء للوصل والتعقيب فيقتضي ان يكون معتقا بذلك الشراء لا بفعل مبتدأ كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اي بذلك الاطعام والسقي لانه لو صار معتقا بفعل مبتدأ وقد يوجد ذلك وقد لا يوجد فلا يتحقق معنى التعقيب والعتق صلة فلا يتحقق الا بعد الملك وانتفاء ملك النكاح لحرمة المحل وهو موجود قبل العقد **قوله** ولادا او غيره والشافعي رحمه الله يخالفنا في غير الولاد لان العتق اقوى الصلات فيناط باقرب القرابات وهو الولاد لمكان الحرية والاصل هو الاتفاق بين البعض والكل فجعل ملك الرجل والده واباه كملك نفسه والعبد اذا ملك نفسه عتق فكذا اذا ملك اباه او ولده **قوله** والاخوة وما يضاهيها وهي القرابة المتوسطة تتجاوز في الاصلاب والارحام كالاعمام والاخوال وبنيهم وقد الحقت بالاعدة في الشهادة والقود والزكوة وحل الحليلة وامتناع المكاتب كذا في هذا الحكم ٭

فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه قريبة ملك قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغي لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

قوله فامتنع الالحاق اي بالقياس لان الحكم في الاصل ثابت مع منافاة القياس فلا يجري في مثله القياس **قوله** اوالاستدلال اي امتنع دلالة النص ايضا لان قرابة الاخوة ادنى مرتبة من قرابة الولاد ويشترط في الدلالة مساواة الفرع الاصل من كل وجه **قوله** ولهذا امتنع التكاتب بان للفرق بين الولاد وغيره **قوله** حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ايضا لكون الولاد ملغى في الاصل وهو قرابة الولاد وقد اجمعنا بالعتق فيها عند الملك فكذا في القرابة المؤيدة بالمحرمية وقد وجبت النفقة فيها وحرم النكاح تحقيقا للصلة المفترضة وتحرزا عن القطيعة المحرمة فلان يعتق اولى اذ بقاء الملك اعلى من القطيعة ولايقال ماذكرمن وجوب النفقة لايلزم الخصم لانه لانفقة في غير الولاد عنده لانا نقول يلزمه لانه لماثبت وجوب النفقة لذي الرحم المحرم بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لم يعتبر انكار منكر بعده فان قيل ان حرمة النكاح اسرع ثبوتا من العتق الاترى ان حرمة النكاح تثبت بالرضاع ولايثبت به العتق فلم يلزم لذلك من ثبوت حرمة النكاح ثبوت العتق قلنا كلا منافي حرمة كانت صيانة عن الذل تحقيقا للصلة وليس للرضاع اثر في وجوب الصلة الاترى انه يجرى التوارث ولاوجوب النفقة في الرضاع فعلمنا ان حرمة النكاح لم تثبت في الرضاع صلة بل النص اثبت حرمته فيه كما اثبت حرمة نكاح المشركة فان حرمة النكاح تثبت بالسباء غير العاية وليس كلامنافيه

ولافرق بينما اذا كان المالك مسلما اوكافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لايتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع

قوله ولافرق بينما اذا كان المالك مسلما اوكافرا في دار الاسلام انما قيد به لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه **قوله** لعموم العلة وهو الملك مع القرابة فان قيل العتق وجب صلة كالنفقة ولم تجب النفقة عند اختلاف الدين قلنا ايجاب النفقة يثبت بالنص باسم الوارث فاعتبر فيها الارث والعتق يثبت بالنص باسم ذي رحم محرم فلم يعتبر الارث **قوله** والافتراض عند القدرة يعني صلة الرحم فرض ولكن القدرة شرط ولاقدرة للمكاتب على كتابة اخيه لان الكتابة نوع عتق ولاقدرة له على الاعتاق بخلاف الولاد لان مقصوده ان يعتق بجميع اجزائه فيسري العتق الى قريبه ولاده تحقيقا لمقصوده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ وهو قولهما قلنا ان نمنع وحل وضع الزكوة لايدل على حرمة صلة العتق فالزكوة نفسها صلة ولكن لم يحل بين الاباء والابناء لان التمليك لم يعم للاشتراك في المنافع ولاكذلك بين الاخوين وكذا الشهادة لابنه لاتصح لانه كالشاهد لنفسه من حيث انه جزؤه مع وقدم من الاخ وكذا وجوب القصاص لان الابن يقتل بابيه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك ...الا يقتل اباه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك لان الشرع حرم عليه قصد الاب كرامة للاب لا لانه يعتق عليه لو ملكه وكذا حل الحليلة لان الوحشة التي تلحق الانسان بحل حليلته لغيره دون الوحشة التي تلحقه بلزوم الطاعة بهر الحق

لان المحرمية ثابتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى
عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا
لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله
ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين
وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في
الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك اوشرط صح كما في الطلاق
واما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق
بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه
واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين
خرجوا الينا مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء
وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها
لانه لاوجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق
الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في
البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا

الملك فان لم تجب الصيانة عن ادنى الامرين بالمحرمية بالرحم لا يدل على
انه لا يجب عن الاعلى ❊

قوله لان المحرمية ثابتت بالقرابة والامة اذا اجتمعت على ان المراد بالمحرم
المحرم بسبب القرابة **قوله** فشابه النفقة اي كما تجب على الصبي والمجنون نفقة الابوين
وولد المجنون وكل ذي رحم محرم منهما فكذا العتق على الملك **قوله** واما التعليق
بالشرط فانه صحيح في الملك بلا خلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله **قوله** ولا استرقاق

ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة و اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل ٭

قال وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة والله تعالى اعلم ٭

على المسلم ابتداء احترز به عن الاسترقاق بقاء لان الرق جزاء الكفر لكنه في حالة البقاء صار من الامور الحكمية فيصح بقاء كما يصح بقاء الاملاك بعد وجود اسبابها ٭ **قوله** ولو اعتق الحمل على مال بان قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف درهم عليك فقبلت ثم ولدت لاقل من ستة اشهر فهو حر تيقنا بوجود ما في البطن حين علق عتقه بقبولها وقد وجد منها القبول **قوله** على ما مر في الخلع المذكور في باب الخلع ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي يجوز ولم يذكر اشتراط بدل العتق على الاجنبي **قوله** وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل اي الاصل ان يكون حكم الجزء حكم الكل ولا معارض له فيه اي للاب في هذا الاصل لان الامة تبع للمولى فكون ماؤها تبعا له ايضا ولا معارضة بين التبع والاصل لعدم المساواة بخلاف ما اذا كانت منكوحة فان ماءها يكون معارضا لمائه نظرا الى الترجيح فيرجح ماؤها لان ماءه صار مستهلكا بمائها لان ماءها في موضعه وماءه انتقل من موضعه والشيء في محله اقوى ٭

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد

باب العبد يعتق بعضه

قوله واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر اي زال الملك عن ذلك البعض ولم يرد به حقيقة العتق وانما اراد به ثبوت اثره وهو زوال الملك وقد نص عليه في المبسوط انه لا يعتق شيء منه باعتاق البعض ولا خلاف ان الرق والعتق لا يتجزيان وانما الخلاف في الاعتاق وقال صاحب الميزان في طريقته ان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات القول يتجزى او حكمه يتجزى بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق البعض هل يوجب زوال الرق عن الكل ام لا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل **قوله** وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فقوله مثل قولهما فيما اذا كان المولى واحدا اوكان المعتق موسرا اما اذا كان معسرا يبقى ملك الساكت كما كان حتى يجوز له ان يبيع ويهب عنده على ما يجيء في الكتاب.

ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق با زالة الملک اوهوازالة الملک لان الملک حقه والرق حق الشرع اوحق العامة وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهوازالة حقه لاحق غيره والاصل ان التصرف يقتصرعلى موضع الاضافة والتعدي الى ماوراه ضرورة عدم التجزي والملک متجزی كمافي البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد

قوله ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق با زالة الملک اوهوازالة للملک ووجه المغايرة هوان في الوجه الاول يكون الاعتاق اثبات القوة بواسطة ازالة الملک فتكون ازالة الملک علة والاعتاق وهواثبات القوة حكمها وفي الوجه الثاني نكون ازالة الملک عين الاعتاق **قوله** والرق حق الشرع لانه جزاء الاستنكاف فان الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جازاهم بان جعلهم عبيد عبيده والجزاء مايجب لله تعالى على مقابلة فعل العبد فيكون حقه ولهذا سمي القطع جزاء لانه خالص حقه **قوله** اوحق العامة لان الغانمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الجمادات من الاموال فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا الى الانتفاع بهم ويكون معونة لهم على اقامة التكاليف فلو جعلنا الاعتاق ازالة للرق قصدا لكان العبد مبطلا لحق الغير قصدا ولوجعلناه ازالة للملک قصدا وثبت في ضمنه زوال الرق وثبوت العتق لكان فيه ابطال حق الغير ضمنا والمرء لايتمكن من ابطال حق الغير قصدا ويتمكن من ابطال حق نفسه قصدا ثم يبطل به حق غيره ضمنا الاترى ان العبد المشترک اذا اعتق احدهما نصيب صاحبه لم يجز ولواعتق نصيبه يتعدى الى نصيب صاحبه بالعتق والفساد ضمنا **قوله** وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهوازالة حقه لاحق غيره

والمستعي بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يداً لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد

والاصل ان حكم التصرف لا يكون متعديا عن محل التصرف الى محل آخر وانما يتعدى الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزكما مر فيبقى على الاصل ه

قوله والمستسعي بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض يوجب ثبوت المالكية في كله اي باعتبار العتق لانه لا يتجزى اولانه لما اسقط ملكه عن بعض العبد وجب ان تثبت للعبد ولاية في ذلك البعض ولا تثبت المالكية في ذلك البعض الا بثبوتها في الكل **قوله** لانه اسقاط لا الى احد لان الكتابة اسقاط يده الثابتة الى العبد بالعوض فيكون عينه باقيا فيمكن رده اليه بواسطة انعدام البدل المقابل بها ولا كذلك في فصل السعاية لان التصرف انما يثبت له بواسطة سقوط الملك في البعض وهو اسقاط لا الى احد فلا يبقى ذلك فلا يمكن القول برده **قوله** والاستيلاد متجزئ عنده جواب عن قولهم صار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ه

ماكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء العتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على مابيناه والثاني ان يسار المعتق لايمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه

قوله ملكه بالضمان وانما يملكها بدون رضاء الساكت لانه لما ثبت النسب تحققت العلة لثبوت العتق بها وعملت عملها في بعض المحل فتحققت الضرورة الى تملك نصيب صاحبه اذ العمل بالعلة في البعض دون البعض غير مشروع كمن استولى على مباح واراد ان يتملك البعض دون البعض وتملك مال الغير عند الضرورة ببدل يعدله جائز في حالة المخمصة وهذا بخلاف ما اذا استولدها بالنكاح لانه ثمه لم تعمل العلة في شيء منها وتأخر عمل العلة الى زمان وجود الشرط جائز **قوله** تبتني على حرفين والحرف الثاني يرجع الى الحرف الاول لان الاعتاق لما كان يتجزى لم يعتق نصيب الساكت وبقي مملوكا له لكن بصفة الفساد لايجوز بيعه ولاهبته وقد وجد جهتا الضمان من المعتق بالافساد بطريق التسبيب والثاني احتباس المالية في يد العبد

كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغه الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا ، فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه

فيميل الساكت الى ايهما شاء وعندهما لما كان لا يتجزى عتق الكل فلا يتصور احتباس المالية في يد العبد غير ان المعتق ان كان موسرا فعليه الضمان وان كان معسرا فعليه السعاية بالنص ثم اختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية اذا اختار العتق او السعاية علم انه هو الواجب من الاصل وعندهما الضمان هو الاصل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات العبد او المعتق الموسر قبل التضمين او الاستسعاء فعلى الرواية الاولى له حق التضمين لان الضمان هو الاصل فلا يسقط بالموت كما في الغصب وعلى الرواية الثانية ليس له ذلك لان الضمان يثبت بشرط ملك المضمون وذلك لا يتصور بعد الموت وكذا لو مات العبد وترك اكسابا فعلى الرواية الاولى ليس له اخذ الاكساب بطريق السعاية لان الضمان هو الاصل فيكون اكتسابا بعد الموت وذلك لا يجوز بعد موت العبد وعلى الرواية الثانية له ان يأخذ الاكساب لان الواجب احدهما فتبين ان الواجب من الاصل هو الاستسعاء فيكون اكتسابا قبل الموت وبموت المكاتب لا تبطل الكتابة فيأخذ الاكساب *

قوله كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا اي احتبست ماليته عنده فان قيل هذا القياس وقع معارضا لحديث القسمة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد وكل قياس هو مخالف للنص فهو مردود قلنا ذكر القسمة في الحديث بلفظ الشرط وهو يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم على اصلنا فجاز له ان يستسعي عند وجود الدليل وان كان موسرا ففائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا

ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ماقصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك

قوله ثم المعتبر يسار التيسير وذكر في العيون وهو المختار ان الموسر في ضمان العتق من يملك ما يساوي نصف المعتق سوى المنزل والخادم ومتاع البيت وثياب الجسد وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق فكذا حال المعتق في يساره واعساره وان قال اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه ونظر اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه واختيار الساكت في تضمين المعتق ابراء للعبد واختياره ان يقول اخترت ان اضمنك او يقول اعطني حقي وعن محمد رحمه الله ان يتراضيا على الضمان او يقضي به القاضي وفي الروايات كلها اذا اختار الاستسعاء لم يملك تضمين الشريك لانه ليس في الاستسعاء نقل الملك فلا يتوقف على قضاء ولا رضاء بخلاف التضمين ولو مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فعن ابي حنيفة رحمه الله ليس له تضمين المعتق لان التضمين بشرط نقل الملك الى المعتق وقد فات النقل بالموت وفي المشهور عنه له التضمين لان الضمان تستند الى حالة الاعتاق كما في تضمين المتلفات وعندهما الضمان واجب ولو باع الساكت نصيبه من المعتق او وهب على عوض فالقياس ان يجوز كالتضمين وفي الاستحسان لا لان هذا تملك المال وهو غير محل له بخلاف التضمين فانه تضمين من وقت الافساد وهو محل له

مماسوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعي على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته اولا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان

قوله مماسوى الاعتاق وتوابعه مثل التدبير والاستيلاد **قوله** لما بينا اي احتبست مالية نصيبه **قوله** ولانه ملكه بالاداء ضمنا كما ينبغي ان لا يتملكه لانه مكاتب قال انما يملك ضمنا لاداء الضمان لا قصدا والضمنيات لا تعتبر وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق وان شاء استسعى والولاء له اي في نصيبه **قوله** باجماع بيننا احترز به عن قول ابن ابي ليلى فان عنده يرجع العبد بما سعى على المعتق لانه يسعى لفكاك رقبته عند ابي حنيفة رحمه الله اولا يقضي دينا على المعتق على قولهما لانه حر مديون عندهما فيقضي دينا عليه لا على المعتق بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر حيث يرجع على المعتق باعتبار انه يسعى في رقبته قد فكت على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وباعتبار انه يقضي دين المعتق على قولهما وقول الشافعي رحمه الله تعالى عليه في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا يخالف النص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد عتق كله ليس لله فيه

ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت. فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء ليس لانه لايتقرر الى الجنابة بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

شريك وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر كلف عتق بقيته ولو بقي رقيقا كما كان لم يكلف عتق نفسه وقال ابن ابي ليلى اذا استسعى العبد يرجع على المعتق لانه الزمه هذه العهدة قصدا وقلنا هذا ضمان له بدل وهو حصول العتق له وكل ضمان له بدل لايثبت الرجوع اولانه لم يلزمه هذه العهدة قصدا وانما يلزمه هذا في ضمن صحة تصرف المالك وكم من شيء يثبت ضمنا وان كان لا يجوز قصدا وقول زفر رحمه الله كقول ابن ابي ليلى رحمه الله الان عند زفر رحمه الله يرجع المعتق على العبد ايضا وعند ابن ابي ليلى رحمه الله لا يرجع المعتق على العبد لانه ضامن نصفه وقال ربيع وهو استاذ مالك رحمه الله اذا اعتق احد الشريكين لا يعتق اصلا كيلا يتضرر شريكه وقد قال عليه السلام لاضرر ولا ضرار في الاسلام قلنا ان هذا النص مشترك الدلالة فانه لو لم ينفذ تصرفه في ملكه التام لتضرر به وروي ان ابا يوسف رحمه الله ناظر مع الربيع في هذه المسئلة فقال ارأيت لو رضي به صاحبه فتحير الربيع وانما تحير لانه لو قال جاز كان فيه ترك مذهبه ولو قال لم يجز لكان فيه ابطال علته وقال بشر رحمه الله يعتق كله كما قالا الا ان الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا قياسا على الاتلاف سائر الاموال ونحن تركنا القياس بالنص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد بينه وبين غيره ان كان موسرا ضمن نصيب صاحبه والا سعى العبد غير مشقوق عليه اي على العبد وهذه المسئلة مسدسة لما فيها من الاقوال الستة *

قوله ولا راض به اي العبد غير راض بفعل الاعتاق لان الرضاء لا يتحقق الا بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا

قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبه عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الاعتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا

قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه وهذا بعد ان يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعي العتق على صاحبه ووجوب الضمان له او السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما للآخر كذا في الايضاح **قوله** كاذبا كان او صادقا لانه ان كان صادقا كان العبد بمنزلة المكاتب في حقه عند ابي حنيفة رح وان كان كاذبا كان العبد مملوكا له وايا ما كان فله ولاية استسعائه واستكسابه **قوله** ولا يختلف

للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرء منه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما

ولوقال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولايدري دخل ام لاعتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احد نا الف درهم فانه لايقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه اوبعينه و نسيه ومات قبل التذكر اوالبيان ويتأتى التفريع فيه على ان اليسار هل يمنع السعاية اولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول

ذلك باليسار والاعسار لان حقه حالتي اليسار والاعسار في احد الشيئين التضمين اوالسعاية ولا يمكن لكل واحد منهما تضمين الشريك لجحود الشريك الاعتاق من جهته فتعين السعاية ويكون الولاء بينهما لان كل واحد منهما يعترف ان نصف الولاء لصاحبه بالاعتاق والنصف له بالسعاية فيكون الامر في حقهما على ما اتفقا عليه ٭

قوله ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل وبه فارق الشهادة بالعتق فهنا ك لم يتيقن بسقوط شيء من السعاية عن العبد لجواز ان يكون كل واحد منهما كاذبا فيما يشهد به على صاحبه **قوله** والجهالة ترتفع

واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق وعلى ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه اولم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة اوصدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا

بالشيوع والتوزيع فان قيل في التوزيع فساد ايضا وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق قلنا نعم لكن بطريق الضرورة فانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد رحمه الله كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه ولو قلنا بالتوزيع كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع اولى •

قوله واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب اي زال ملكه عن حصته **قوله** وكذا اذا ورثاه صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن اخ وزوج كان النصف للزوج يعتق عليه اوكان لرجلين ابن عم وله جارية فزوجها احدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم فورثاه عتق الولد على الاب او امرأة لها زوج واب ولها غلام وهو ابو زوجها فماتت هذه المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وابيها **قوله** وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا بان قال له اعتق نصيبك فانه لا ضمان له **قوله** ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق اي علة العتق

وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن اذا كان موسرا

قوله وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما انما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في رواية ان ضمان الاعتاق ايضا ضمان تملك حتى لا يسقط حق الشريك في التضمين بالاذن **قوله** حتى يختلف باليسار والاعسار هذا ايضاح لقوله ضمان افساد اي ضمان افساد نصيب الساكت يكون ضمان التسبيب وذلك مبني على صفة التعدي فاذن يختلف باليسار والاعسار اذ الموسر متعد لانه يكون لاحراز ثواب الاعتاق ويمكن له ذلك بطريق آخر وهو اعتاق عبد غير مشترك فلا يكون مضطرا في ذلك المعسر مضطر اليه فلا يكون متعديا **قوله** ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه وروى الحسن بن زياد عنه انه فرق بين العلم وعدمه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما به فان قيل لو قال احد الشريكين لآخر ان ضربت العبد اليوم سوطا فهو حر فضربه سوطا يضمن الحالف للضارب ان كان موسرا قلنا الضرب شرط والرضاء بالشرط لا يكون رضاء بالسبب وهنا

ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه • واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبرا حدهم وهوموسر ثم اعتقه الآخر وهوموسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان اومعسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق اويكاتب اويضمن المدبر اويستسعى العبد اويتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على مامر فاذا اختاراحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سبباضمان تدبيرالمدبر واعتاق هذا المعتق غيران له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة

رضي بالسبب حين شاركه في علة العتق وهوالشراء فان قيل الرضاء بالشرط من المرأة كالرضاء بالسبب في اسقاط حقها عن الارث فليكن في مسئلة الضرب كذلك قلنا الفرار يثبت بشبهة العدوان فيبطل بشبهة الرضاء بمباشرة الشرط وهذا الضمان وجب بحقيقة العدوان وهو الاتلاف والافساد فلم يبطل الا بحقيقة الرضاء صريحا اوبمباشرة العلة دون الشرط •

قوله ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله قيد به لانه اذا اشترى من احد الشريكين نصيبه يضمن للآخر بالاجماع **قوله** والوجه قد ذكرناه وهوما ذكرانه رضي بافساد نصيبه **قوله** فارادوا الضمان هذا على طريق التغليب حيث ذكر بلفظ الجمع والمعتق لايرد الضمان اصلا **قوله** فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه اويعتق اويكاتب [illegible]

اذهو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك (مدبر) مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولابد من رضاء المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا فيضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف

الخيارات ان تصح منه هذه التصرفات ان فعل ما لايؤدي له في الاعتاق والاستسعاء لما فيه من افساد نصيب الشريك لانه كان متمكنا من الانتفاع بنصيبه على ملكه الى وقت الموت وبعد الاعتاق والاستسعاء لايتمكن فاذا اعتقه الآخر بقي هذه الخيارات للساكت ه **قوله** اذهو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة عندنا الاصل في ضمان المال ثبوت الملك في المضمون تحقيقا للمعادلة حتى صح اقرار المأذون بالغصب فان قيل لوكان الغصب ضمان معاوضة لبطل القضاء بالضمان بالافتراق لا عن قبض فيما اذا غصب مدهن فضة فانكسر عنده وقضي عليه بقيمته من الدنانير وافترقا لاعن قبض ومع هذا لا يبطل القضاء قلنا الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة ان لايجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فلايظهر كونه معاوضة فيما عداه اذا لثابت ضرورة لايعدو موضعها **قوله** لانه عند ذلك مدبر اي عند الاعتاق مدبر وفي بعض النسخ لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولابد من رضاء المكاتب بفسخه وهذا غير صحيح لانه عند الاعتاق ليس بحر ولامكاتب والمستسعي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان بمنزلة المكاتب لكنه لاينفسخ هذه الكتابة بالعجز ولابالتفاسخ وانما الصحيح عند الاعتاق مدبر فانه لايقبل النقل من ملك الى ملك كذا نقل عن ابن المصنف وقيل المراد بقوله حرانه مدبر كني بالحرية عن التدبير لانه يقضي عليها

وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان الملك يثبت مستندا اوهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر الآخر

قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا فيه اشارة الى ان فيه اختلافا فقال بعضهم قيمته نصف قيمة القن وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن **قوله** ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان الاعتاق وجد قبل تملك المدبر نصيب الساكت ولكنه يستسعى العبد في ذلك ولو ضمن الساكت المدبر نصيبه ثم اعتقه الثاني كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثي قيمته ثلثه مدبرا وثلثه قنا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله ان يضمن كل ثلث نصيبه ويرجع المعتق على العبد بما ضمنه للمدبر وانما يضمن اذا كان موسرا لانه ضمان الاعتاق وانه يختلف باليسار والاعسار فان قيل المضارب بالنصف اذا اشترى برأس المال وهو الف عبدين قيمة كل الف فاعتقهما رب المال عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان او معسرا وهذا ضمان عتق ومع هذا لا يختلف قلنا هذا ضمان اعتاق هو افساد لا ضمان سراية الفساد والاصل ان فساد الملك متى كان بطريق السراية كالعبد المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه يختلف الضمان باليسار والاعسار ثم الضمان يجب بافساد الملك لان الاعتاق صادف كل واحد منهما ملكا لرب المال لا شتغاله برأس المال غير انه تماضمن للمضارب لتعلق حق المضارب بمالية ربع كل واحد من العبدين **قوله** هو ثابت من وجه

فهي موقوفة يوما و يوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى الاعتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر لوصدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ماهو المتيقن به وهو النصف ولاخدمة للشريك الشاهد و لا استسعاء لانه يتبرء من جميع ذلك بدعوى الاستيلاد و الضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب و هذا امر لازم ولا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد

وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما

دون وجه لانه من حيث انه ثبت ابتداء عند اداء الضمان لم يكن ثابتا قبله و من حيث انه مستند الى سبب وجوب الضمان يكون ثابتا قبل اداء الضمان فيكون ثابتا من وجه دون وجه فيظهر في حق الضمان والمضمون له دون غيرهما لما عرف ان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ٭

قوله فهي موقوفة يوما اي عن خدمة سيدها ويكتسب فيه ما ينفق على نفسها

قوله ثم تكون حرة لا سبيل عليها لانها لما ادت النصف عتق النصف فعتق الكل عندهما ضرورة عدم التجزي **قوله** كام ولد النصراني اذا اسلمت فانها تقوم قيمة عدل وتسعى في قيمتها لتعذر ابقائها في ملك المولى وبعد اسلامها واصراره على الكفر فيخرج الى الحرية بالسعاية **قوله** فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد جواب لابي حنيفة رحمه الله عن قولهما

وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهي

انقلب اقرارا المقر عليه كانه استولدها يريد به انه لا يجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستسعاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا فالمقر يزعم انها ام ولد صاحبه فله ان يستديم الملك الى موته والمنكر يزعم انها مشتركة بهما بخلاف ما اذا شهد احدهما على صاحبه بالعتق ففي زعم المقر تعذر استدامة الملك فيها وليس للمقر ان يستخدمها لانه يزعم انها ام ولد الغير ولا ان يستسعيها لانه بدعوى الاستيلاد يدعي ضمان التملك ويتبرأ عن السعاية وان مات المنكر عتقت لاقرار المقر انها كانت ام ولده وقد عتقت بموته وزعم المنكر انها مشتركة وان اقرار الشريك فيها نافذ ثم يسعى في نصف قيمتها لورثة المنكر

قوله وعلى هذا الاصل اي اصل ان ام الولد لا تتقوم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تتقوم تبتني عدة من المسائل منها اذا مات احدهما حتى عتقت لم يسع للآخر عنده وعندهما يسعى ومنها انها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شيء لشريكه عليه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسرا وسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها امة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر بعد البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعلى البائع ان يرد جميع الثمن ولم يكن له ان يحبس بازاء الام شيئا عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن ومنها اذا غصب ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وذكر محمد رح في الرقيات ان عند ابي حنيفة رحمه الله ام الولد يضمن بالغصب على نحو ما يضمن الصبي الحر حتى لو ماتت حتف انفها لم يضمن الغاصب ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان الجناية لا ضمان الغصب الا ترى انه يضمن الصبي الحر

وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غيران قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام فباقيان ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا يسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم

بمثله والذي يوضح كلام ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الباقي للمولى على ام ولده ملك الخدمة والمتعة وملك المتعة والمنفعة لا يضمن بالاتلاف ولا بالغصب بخلاف المدبرة فالباقي عليها ملك المالية حتى يقضي دينه من ماليتها بعد موته والمال يضمن بالاتلاف كذا في المبسوط ه

قوله وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم لان الوطئ لا يستباح الا بملك النكاح او اليمين ولم يوجد الاول فتعين الثاني وبقاء الملك آية بقاء المالية والتقوم اذ المملوكية في الآدمي ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافي التقوم اذ هو عبارة عن استحقاق لا يرد عليه الابطال بالبيع ولا ينافي بينه وبين التقوم **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم لان الآدمي ليس بمال متقوم في الاصل لانه مخلوق ليكون مالكا للمال لا ليصير مالا ولكن متى صير احرازه على قصد التمول صار مالا متقوما فيثبت به ملك المتعة تبعا واذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه لها كان لملك المتعة لا لقصد التمول

وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده [illegible] في ام ولد النصراني فقضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم •

فصار في صفة المالية كان الاحراز لم يوجد اصلا فلا يكون مالا متقوما وقوله والاحراز للتقوم تابع للاحراز للنسب فكانت محرزة احراز المنكوحات لا احراز المملوكات فلا يعتبر الاحراز للتقوم •

قوله وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت هذا يناقض ما ذكر في التدبير من قوله ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخيره السببية الى زمان بطلان الاهلية ويمكن ان يقال الاصل ان المعلق سبب عند وجود الشرط والتدبير تعليق العتق بالموت فكان امتناع البيع والهبة ضرورة تحقيق مقصود المدبر وينعقد سببا للحرية عند الموت كما في سائر التعليقات ولهذا اعتبر من الثلث بعد قضاء الديون فظهر ان المراد من قوله وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت اي في حق سقوط التقوم وثبوت الحرية ويدل عليه انه اخرج هذا الكلام بمقابلة ام الولد ومن قوله في باب التدبير جعله سببا للحال اولى في حق امتناع البيع والهبة فيرتفع التناقض **قوله** فقضينا بتكاتبها اي جعلناها هذا في معنى المكاتبة دفعا للضرر من الجانبين من جانب ام الولد ومن جانب النصراني وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم لانه مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم لانه اسقاط اولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما وقد احتبس عنده المعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وان لم يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب احد الشريكين عند القاتل يلزمه بدله اويقال ان الذمي يعتقد فيها المالية والتقوم ويحرز ها لذلك [illegible] جواز بيعها وانما بني في حقهم الحكم على اعتقادهم كما في مال الخمر [illegible] اعلم بالصواب •

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد و دخل آخر فقال احد كما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى عليه وقال محمد رحمة الله تعالى عليه كذلك الا في العبد الاخير فانه يعتق ربعه اما الخارج فلأن الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه

باب عتق احد العبدين

قوله ثم مات ولم يبين وما دام حيا يؤمر بالبيان لان الابهام منه فان عني بالكلام الاول الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه عتق دائر بين الحر والعبد فان قيل العتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء فلا يصير جامعا بين الحر والعبد فينبغي ان لا يبطل الايجاب الثاني قلنا العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان الا ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه فالنظر الى كون البيان انشاء يقتضي ان لا يبطل الاعتاق الثاني فيفيد العتق في الداخل والنظر الى كونه اظهارا يقتضي ان يبطل والعتق في الداخل لم يكن فلا يثبت بالشك فبطل الايجاب الثاني وان عني بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول ويؤمر ببيان الكلام الثاني لصحته لكونه دائرا بين العبدين هذا اذا بدء بالكلام الاول فان بدء بالكلام الثاني وقال عنيت به الثابت عتق الخارج بالكلام الاول

فما اصاب المستحق بالاول لغو وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع ولانه لو اريد هو با لثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله تعالى يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك نصيب الداخل وهما يقولان انه دار بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

لان الكلام الاول كان دائرا بينهما فاذا عتق الثابت بالكلام الثاني يعتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل الايجاب الاول لان حال وجود الايجاب الاول كانا رقيقين بيقين لان العتق على الثابت انما يقع بالايجاب الثاني بعد وجود الايجاب الاول بخلاف المسئلة الاولى وان قال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول فان لم يبين المولى شيئا ومات احدهم فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت يزاحمهما ولم يبق وان مات الداخل خير في الايجاب الاول فان عني به الخارج تعين الثابت بالايجاب الثاني وان عني به الثابت بطل الايجاب الثاني لما مر فان لم يمت واحد منهم ولكن مات المولى قبل البيان شاع العتق بينهم على اعتبار الاحوال فان قيل ينبغي ان يعتق كل واحد ولا يسعى في شيء خرجوا من الثلث اولا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فاذا ثبت في بعضه ثبت في كله قلنا الاعتاق عندهما لا يتجزى لانه صادف محلا معلوما اما اذا ثبت بطريق التوزع باعتبار الاحوال فلا لانه حينئذ ثبت ضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها ولا تعدوه موضعها

قوله فما اصاب المستحق بالاول لغو [illegible]

في

قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلابد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله تعالى يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج مامر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رحمة الله تعالى عليه خاصة وعند هما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات

الايجاب الثاني الى نصفه الفارغ تصحيحا للتصرف بقدر الامكان كما في عقد الصرف قلنا لو لم يصرف الجنس في عقد الصرف الى خلافه يلزم بطلان اصل العقد وهنا ان لم يصرف العتق الى نصفه الفارغ لم يبطل اصل الاعتاق ولان مقصود العاقدين تصحيح تصرفهما ثمه وهنا جاز ان يكون المراد من الايجاب الثاني الاخبار لا الانشاء على اعتبار ان يكون المراد بالاول هو الثابت فاذا لم يتيقن بكونه قاصدا للانشاء في الايجاب الثاني جريا على قضية شيوع الكلام *

قوله وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات والفرق واضح على اصل ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق عنده يتجزى فكان الرق ثابتا في الثابت فصح

ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الاخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصود ان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة

الايجاب الثاني من كل وجه كما مر واما الطلاق فلايتجزى فاذا اصابها جزء من الطلاق صارت مطلقة فكان جامعا بين مطلقة وغيرمطلقة فانلا احدكما طالق فلايصح انشاء لوقوعه اخبارا فلم يصح الايجاب الثاني بكل حال ولان العتق المبهم معلق بشرط البيان فلايكون الايجاب الثاني مترددا بين الصحة والبطلان واما الطلاق في حق البراءة عن المهرلا يقبل التعليق بالشرط فيكون الايجاب الاول في حق هذا الحكم وهوالبراءة عن المهر مترددا بين الصحة والبطلان فنزل حكمه وهوسقوط نصف المهر لكان التردد الى الربع موزعا على الثابتة والداخلة فيفيد سقوط الثمن من مهر كل واحد منهما والفرق لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه يوجد شخص متردد الحال بين الحرية والرق ويكون محلا لانشاء العتق وهوالمكاتب والثابت بهذه المثابة لتردد حاله بين الرق والعتق فيكون محلا للايجاب الثاني فامكن تصحيح الكلام الثاني من هذا الوجه بكل حال فاما في الطلاق فلا يوجد شخص متردد الحال بين ان يكون مطلقة اومنكوحة ثم يصح ايقاع الطلاق عليها فلاوجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه فقلنا ان صح سقط به نصف المهروان لم يصح لم يسقط به شيئ فيسقط به ربع المهر ثم يتردد هذا الربع بين الداخلة والثابتة فيصيب الداخلة نصف الربع وهوالثمن فلهذا سقط ثمن مهرها ولايقال العدة مترددة الحال لان هذا طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدة واما حكم الميراث فللداخلة نصفه والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان لان الداخلة

وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه احدكما طالق ثم ماتت احدىهما

وارثة بيقين ولا يزاحمها الا امرأة واحدة لان احد الاخريين مطلقة بيقين بالايجاب الاول وهذا لانه ان اريد بالايجاب الاول الثابتة بطل الايجاب الثاني فكانت الداخلة وارثة وان اريد بالايجاب الاول الخارجة فالايجاب الثاني دائر بين الثابتة والداخلة وليست احديهما اولى من الاخرى فينتصف الارث بينهما فكيف ما كان فالداخلة وارثة ولا تزاحمها الا امرأة فالنصف لها والنصف الآخر بين الآخرين نصفان وعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة احتياطا لاحتمال كونها منكوحة ولا تتصور عدة الطلاق لعدم الدخول ○
قوله وكذا استولد احديهما بان وطيء احديهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له فمن ضرورة صحة امومية الولد واستحقاق العتق انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احديهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة **قوله** للمعنيين احدهما انه لم يبق محلا للاعتاق من كل وجه والثاني انه قصد الابقاء على ملكه الى زمان الموت **قوله** والمعنى ما قلنا اي من قصده الوصول الى الثمن **قوله** في المحفوظ عن ابي يوسف رحمه الله اي سمع منه ولم يكتب عنه في الرواية فان قيل لو قال احد هذين ابني او احدى هاتين ام ولدي فمات احدهما لم يتعين القائم عتق له والا ستيلاد قلنا لانه اخبار عن امر سابق والاخبار يصح في الحي والميت بخلاف البيان لانه في حكم الانشاء فلا يصح الا في الحي وان نقل لو اشترى احد العبدين وسمى لكل واحد ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات احدهما تعين البيع في الهالك وهنا تعين العتق في القائم

لما قلنا [illegible] الوطئ احديهما لما نبين ولوقال لامتيه [illegible]
احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لان الوطئ لايحل
الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطئ مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى
لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة
وهي معينة فكان وطئها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطئها على مذهبه الا انه
لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة
فيظهر في حق حكم يقبله والوطئ يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود
الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة
صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

قلنا لا فرق بينهما اذ الهالك يهلك على ملكه في الفصلين ولانه حين اشرف احدهما على الهلاك
تعين البيع فيه لتعذر رده كما قبض وانما يتعين للبيع وهو حي وهنا لو تعين العتق فيه لتعين
بعد الموت لانه بالاشراف على الهلاك لا يخرج عن محلية العتق وبعد الموت هو ليس
بمحل للعتق فتعين في القائم ضرورة والكتابة وتعليق عتق احدهما بالشرط كالتدبير
والرهن والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع فان قيل الاجارة
لا تختص بالملك بدليل جواز اجارة الاحرار قلنا الاجارة على وجه يستحق الاجر لا تكون
الا بالملك فتكون تعيينا دلالة وذكر التسليم في الهبة والصدقة وقع اتفاقا نص عليه
في المحيط والايضاح ٭

قوله لما قلنا اي لم يبق محلا للطلاق **قوله** ثم يقال العتق غير نازل الخ هذا البيان
ما ادعاه من حل الوطئ لان الحل كان ثابتا فلو زال انما يزول بالعتق والعتق المبهم
معلق بالشرط البيان ولهذا المعنى لو قال لعبديه احدكما حر ثم ماتا فاوقع العتق على
احدهما كان ارثهما للمولى او يقال ان كان نازلا انه نازل في المنكرة **قوله** فيظهر في حق

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولايدري ايهما ولدا ولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهوما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعالها اذالام حرة حين ولدتها و ترق في حال وهوما اذاولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة ويسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولوكانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولوكانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير

حكمه يقبله كالبيع فان المنكر يقبل البيع بان اشترى احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما يصح واما المنكرة فلايقبل الوطء لانه امرحسي فلايقع في غير المعين فلايمكن وطء غير المعينة لذلك فلا يكون الوطء بيانا في الاخرى بخلاف الطلاق فان بوطء احديهما في باب الطلاق يأتي بما هو المعظم من المقاصد في باب النكاح فيصير بيانا كما لو باع احديهما فيما نحن فيه لانه اتى بالبيع بماهوالمعظم من المقاصد في ملك اليمين والوطء في ملك اليمين ليس من معظم المقاصد الاترى ان شرى المجوسية وشرى من يحرم عليه وطئها برضاع اوصهرية يجوز بخلاف النكاح ٠

قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما الى ان قال عتق نصف الام ونصف

وبهذا [illegible] ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي قال [illegible]

انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق لا تقبل من غير دعوى عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وعندهما تقبل

الجارية وقال في المبسوط وذكر محمد رحمة الله تعالى عليه في الكيسانيات وهذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله مايعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان والام يعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام •

قوله وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي وجميع الوجوه ستة احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما اول وجواب الكتاب انه يعتق نصف الام ونصف الجارية باعتبار الاحوال والثاني ان تدعي الام ان الغلام وانكر المولى ذلك وقال الجارية هي الاولى والجارية صغيرة والجواب ان القول قول المولى مع يمينه لماذكر في الكتاب والثالث ان يتصادقوا ان الغلام اول والجواب انه اعتقت الام والبنت ورق الغلام لانه لا حظ له من العتاق في عموم

والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم تتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيه ولو شهد انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق

الاحوال والرابع ان يتصادقوا ان الجارية هي الاولى والجواب انهم ارقاء والخامس ان تدعي الام ان الغلام اول ولم يدع الجارية شيئا وهي كبيرة والجواب انه حلف المولى فان حلف لم يثبت شيء وان نكل عتقت الام دون البنت لان النكول حجة ضرورية والسادس ان تدعي البنت دون الام فالجواب على عكس هذا .

قوله والشهادة على عتق الامة اي الامة المعينة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق **قوله** لان الدعوى من المجهول لا تتحقق وذلك لانا لو صورنا دعوى احدهما من غير تعيين كانت الدعوى من المجهول وهي لا تصح وكذا اذا ادعيا ايضا لا تصح لانهما معينان وصاحب الحق غير معين فلم تكن دعوى احدهما دعوى من صاحب الحق ولان الدعوى حينئذ لا تكون مطابقا للشهادة لان الشهادة على احد العبدين لا على العبدين **قوله** لما انه يتضمن تحريم الفرج اي عتق الامة يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذاك حق الشرع وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حسبة من غير دعوى كما في الشهادة برؤية هلال رمضان وحد الزنا والشرب والطلاق فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يكتفى بشهادة الواحد لانه امر ديني وخبر الواحد فيه حجة تامة

والعتق [illegible] لايوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرنا [illegible] عتق
احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه
اعتق احد عبديه في مرض موته اوشهدا على تدبيره في صحته او مرضه واداء الشهادة
في مرض موته اوبعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا
العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انماهو الموصي وهو معلوم وعنه خلف
وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما
خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قد قيل لا تقبل

قلنا خبر الواحد انما يكون حجة في الامر الديني اذا لم يتضمن ازالة حق العبد وهنا يتضمن
ازالة الملك والمالية وهو حق العبد وخبر الواحد لا يكفي لذلك فلهذا
قلنا لا بد من ان يشهد رجلان *

قوله والعتق المبهم لايوجب تحريم الفرج فان قيل اذا كانت هي اخته من الرضاع
قبلت الشهادة على عتقها مع جحودها وليس فيه تحريم الفرج قلنا فيه معنى الزنا
لان فعل المولى قبل العتق لا يلزمه الحد وبعد العتق يلزمه على ان الامة في
انكار العتق متهمة لما لها من الحظ في الصحبة مع المولى ولا معتبر بانكار المتهم في انكاره
فجعلت كالمدعية وهذا كالشهادة القائمة بالمال على الصبي مع اقرار الوصي فانها تقبل
وان كانت الشهادة انما تقبل في حق المنكر دون المقر الا ان اقراره مردود شرعا فكان
منكرا معنى فكذا الانكار من الامة لما كان مردودا شرعا للتهمة صارت مدعية تقديرا
قوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية اي سواء وقع في حالة الصحة او في حالة المرض
قوله والخصم في الوصية انماهو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث

لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع والله تعالى اعلم بالصواب *

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

فانزل الوصي او الوارث مدعيا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وانما يجبر على البيان اذا انكر لان حق غيره تعلق بحق له فجعل مدعيا كيلا تكون دعوى العبد شرطا وجعل مدعيا عليه حتى يجبر على البيان توفيرا للحقين *

قوله لانه ليس بوصية اي نظرا الى الوجه الاول من وجهي الاستحسان لانه لما لم يكن وصية لم يكن الميت مدعيا تقديرا وقال بعضهم تقبل لان العتق شاع فيهما بعد الموت وهو الوجه الثاني من وجهي الاستحسان والله تعالى اعلم بالصواب *

باب الحلف بالعتق

قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لانه مملوك له يومئذ فان قيل الايجاب لا يصح الا في الملك اومضافا الى الملك ولم يوجد قلنا قد وجد لانه اضاف العتق الى مملوك له زمان الدخول لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت فاعتبر قيام الملك وقت الدخول *

قال ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء
حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق
اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول فلا نتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك
لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر
فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة
الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق
والجنين مملوك تبعا للام لامقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس
دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا **قال** رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف
الذكورة انه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها

قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق اي الذي اشتراه بعد اليمين وهذه
اليمين لا تتناول الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب الا ان يعينهم وكذا عبيد عبده التاجر
وهو قول ابي يوسف رحمه الله سواء كان على العبد دين اولا وعلى قول محمد رحمه الله
عتقوا نواهم اولا وعليه دين اولا وعلى قول ابي حنيفة رح ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم
والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا وان نواهم ويدخل المدبر والمدبرة وام الولد وولدهما والذكر
والانثى لان اسم المملوك عام وكذلك يدخل فيه العبد المرهون لان الملك لم يختل فيه
ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يصدق في القضاء لان اللفظ عام فلا يصح
التخصيص بمجرد النية في الحكم ولو قال عنيت به ما يستقبل عتق ما كان في ملكه
وما سيملكه في المستقبل لانه قصد تغيير مايدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته في ابطال
حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل لانه قصد اثباته بلفظ محتمل
قوله ولهذا لا يملك بيعه منفردا وكذا لا يجوز اعتاقه عن كفارة يمينه

وان قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين اوسوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى مابعد الغد فلا يتناول مايشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه اوقال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فا شترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على مابيناه فلا يعتق به ماسيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الاترى انه يدخل في الوصية بالمال مايستفيده بعد الوصية في الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انمايصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر

وكذا لا تجب عنه صدقة الفطر وكذا اذا حلف لا يشتري مملوكين فا شترى جارية حاملا لا يحنث ٠

قوله والحالة الراهنة اي الموجودة القائمة وانما سميت بالحالة الراهنة لان الرهن هو الحبس والمرء محبوس فيه دون الذي يليه **قوله** والايجاب انمايصح مضافا الى الملك او الى سببه

بخلاف قوله بعد غد على ماتقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب في العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد والله تعالى اعلم بالصواب ٠

جواب سؤال وهوان اللفظ لمالم يتناول فلم يعتق اذابقي ملكه يوم مات فاجاب ان هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء فمن حيث انه ايجاب عتق يتناول المملوك الحالي ولا يتناول المستحدث لان الايجاب يصح مضافا الى الملك وسبب الملك ولم يوجد في حق المستحدث واحد منهما ... حقق في حقه التدبير المطلق ويتناول المستحدث من حيث انه ايصاء فاذا تناولهما الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم مرادا به بلا احتمال فصار مدبرا فلم يجز بيعه فاما الذي ملكه فيما يستقبل فانه لم يصر مرادا لان مابين حال التكلم وحال الموت مستقبل محض وليس من الحال في شيء فاذاباعه فقد باعه قبل وجوب حق العتق فصح فاذا لم يبعه حتى بقي على ملكه الى وقت الموت يتناوله الايجاب حينئذ لكونه واقعا على حال الموت توجب له العتق وصار موصى له فزاحم الاول في الثلث فوجب ان يقسم الثلث بينهما فيضرب كل واحد منهما في ذلك بقيمته بخلاف قوله بعد غد لانه يتناول الحالة الراهنة وانما الحق المستقبل بالحال اذا قام عليه الدليل وهو الايصاء الذي يتصل بحال الموت فالحق حال الموت بالحالة الراهنة ولم يقم الدليل في تلك المسئلة لان بعد الغد استقبال محض وليس من الحال في شيء فافترقا فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال لان الحالة المتربصة استقبال محض وذا لا يجوز لان قوله املكه حقيقة للحال مجاز للاستقبال عند البعض وعند البعض هو مشترك بينهما فيؤدي الى الجمع بين الحقيقة والمجاز او الى تعميم المشترك وكلاهما لا يجوز قلنا هذا الكلام يتناول الموجود في حال الاطلاق والكائن حال الموت

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم اوبالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لايملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وماشرط دين عليه

من وجه حال التكلم ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عند الموت ولكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم حالة واحدة من حيث انه حال العلة والموجود عند الموت كذلك فصار المتناول من حيث المعنى حالة واحدة ويقال هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء والايجاب لايصح الا في الملك اومضافا الى سببه فيتناول المملوك من حيث انه ايجاب حتى يصير مدبرا ويتناول من يشريه من حيث انه ايصاء فجمعنا بينهما بسببين مختلفين وانما لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا كاختلافهم في قوله لله علي ان اصوم رجبا ونوى به النذر واليمين فان ابايوسف رحمه الله لم يرا لجمع بين النذر واليمين لان احدهما حقيقة والآخر مجاز وهما جوزاه لانه نذر بصيغته يمين بموجبه والتحقيق هو الاول والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب العتق على جعل

قوله ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم اوبالف درهم اوعلى ان لي عليك الفا اوعلى الف تؤديها اوعلى ان تعطيني الفا اوعلى ان يجزيني الفا فقبل العبد عتق وماشرط دين عليه لانه التزمه بقبوله وقدكانت له ذمة صالحة للالتزام وقدنا كدت بالعتق ويجوز ان يجب المال عليه وان لم يملك ما قابله من ملك المولى كما يجب المال على المراة بقبول الطلاق وان لم تملك شيئا بمقابلته ٭

حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة **قال** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على مانبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لايجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا

قوله حتى تصح الكفالة بدلا نه دين مطلق لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا يصح الكفالة به لثبوته مع قيام الرق المنافي لثبوت الدين اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا **قوله** اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة **قوله** ولا تضره جهالة الوصف يعني وان لم يقل انها جيدة او ردية او وسط اجبر بدفعه **قوله** ومراده التجارة دون التكدي لانه حرام او لانه من امارة الخساسة

فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون للعبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه

قوله فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يتم بالمولى وحده ولا يحتمل الفسخ ولا يمتنع جواز البيع ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء ولا يكون العبد احق باكسابه **قوله** وجعلناه معاوضة فى الانتهاء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول اذا ادى العبد المال كما فى الكتابة اذ الجبر يجري على قبض العوض فى المعاوضات وان لم يجبر فى التعليقات وهذا لان المولى رضي بالعتق عند اداء العوض اليه والعبد ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فلو لم يجبر عليه لتضرر العبد ولو اجبر لا يتضرر السيد به فان قيل لا يمكن جعله معاوضة لان البدل والمبدل عند الاداء كله للمولى قلنا ما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا يثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالرد فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء **قوله** فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل اي فعلى العمل بالشبهين دار المعنى [illegible] وخرجت المسائل المتعارضة باعتبار الابتداء والانتهاء **قوله** نظيره الهبة بشرط العوض وان [illegible] التقابض فى العوضين ويبطل بالشيوع ويرد بالعيب وخيار [illegible] بالشبهين [illegible] كما اذا حط البعض وادى الباقي يعني لا يعتق باداء البعض

[illegible]

ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي [illegible] لان

اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم

فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا

بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون

القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق

فانه اذا ابرء المكاتب من بعض البدل وادى الباقي عتق لان المال ثمه واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابرءه عن الكل او حط بعضه وهنا لا مال على العبد فبطل الحط والابراء ولا يعتق ما لم يتم الشرط كما اذا قال ان كلمت زيدا وعمروا فانت حر ثم قال له حططت عنك كلام احدهما فانه لا يصح لان الحط فسخ لان قدر المحطوط يخرج عن العقد واليمين لا يحتمل الفسخ *

قوله ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير كما في قوله انت حر ان شئت فلابد من المشية في المجلس لا يقال فلما ادى في المجلس كان المجلس متبدلا لان مجلس الاداء غير مجلس التعليق كان مجلس المناظرة غير مجلس التعليق وهناك يتبدل فكذا هنا لانا نقول انما لزم هذا من ضرورة تحقق احد حكمي التعلق وهو الحنث فكان مستثنى كما ان ما لزم من ضرورة تحقق الحكم الآخر المتعلق وهو البر في قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه صار قدر اللبس الذي يوجد عند النزع مستثنى تحصل مقصود الحالف **قوله** بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق فان [illegible] القبول والتدبير [illegible] الى القبول والمال [illegible] [illegible] الى القبول اذا لم يعلقه بالقبول وهنا علقه بالقبول وهذا كقوله ان شئت [illegible]

قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح ۔

قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها

تشترط للحال بخلاف ما اذا قال انت طالق غدا ان شئت فانه لاتشترط المشية في الغد لانه اضاف الطلاق الى الغد ثم جعل المضاف الى الغد معلقا بمشيتها فكان لها المشية في الغد ضرورة وهنا علق الطلاق بمشيتها اولا ثم جعل المعلق بمشيتها مضافا الى الغد فلابد من المشية لتصح الاضافة الى الغد ۔

قوله قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح وانما لم يعتق ههنا بدون اعتاق الوارث لان العتق تأخر عن الموت الى ان يقبل والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت الا باثبات واحد من الوارث والوصي والقاضي لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق وذلك لانه لما كان لا يعتق الا بالقبول لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق من هؤلاء كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق احد

قوله ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين بان قال انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل فهو حر **قوله** فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية

ثم استحقت الجارية اوهلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك علي على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان يتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز

بعينها ثم استحقت الجارية اوهلكت في يد العبد قبل التسليم رجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده له انه معاوضة المال بما ليس بمال لان نفس العبد ليست بمال في حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد ولم يسلم العبد اليها حتى استحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع اي مهر المثل ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى وكذا المانع يا برا د العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض او استحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة ابيه لا بقيمة الامة وكما لو باع العبد بسكنى دار وقبض العبد ومات عنده ثم انهدمت الدار او استحقت فانه يرجع بقيمة العبد

قوله ثم استحقت الجارية اوهلكت اي هلكت قبل التسليم الى المولى في يد العبد

قوله وكذا بموت المولى اي ان مات المولى فللورثة ان يأخذوه بما بقي من خدمة السنة من قيمته عندهما وعند محمد رح بما بقي من قيمة الخدمة قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا ههنا يأخذونه بما بقي من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه يطلبه الورثة بعد موته كما لو كان اعتقه على الف درهم واستوفى بعضها ثم مات كان للورثة ان يأخذوه

وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واما اذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم حصته وهو البضع

بما بقي من الالف ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس متفاوتون في الخدمة وانما كان الشرط ان يخدم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد الا ان هذا التعليل ليس بقوي فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا يورث فلا يمكن استيفاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته او قيمة الخدمة على ما اختلفوا

قوله وقد قررناه من قبل اي في الخلع في مسئلة خلع الاب ابنة الصغيرة على وجه الاشارة

قوله ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه وقع العتق عن الآمر وقسمة الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وان قيل وجب ان لا تعتق الامة عن الآمر لان البيع فيها فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف اولانه ادخل النكاح في البيع وادخال الصفقة في الصفقة مفسد للبيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض ولا عتق عنه فيما لا ملك له فيه الا ترى انه لو قال اعتقها عني فاعتقها عنه يقع العتق عن المأمور ولانه استيهاب والهبة لا تفيد الملك بدون القبض وان كان العتق عن الآمر ينبغي ان يجب عليه قيمة الامة لانه موجب البيع الفاسد قلنا ان البيع هنا في ضمن الاعتاق فاخذ حكمه لما عرف ان المقتضى تبع للمقتضي والبيع انما يفسد بالشروط الفاسدة اذا وقع قصدا الا ان هذا يشكل بما لو قال اعتق عبدك عني بالف درهم ورطل من خمر فانه قال في الكتاب هذا بيع فاسد وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله

فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة

ان الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها ادنى قبض والقبض الادنى يكفي للبيع الفاسد ولا يكفي للهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ومع اتصال الثمار على رؤس الاشجار يكفي لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة على ان الفاسد ممنوع فان منافع البضع متقومة عند ايراد العقد عليها وقران ما هو متقوم في نفسه غيره فسد للبيع كما اذا جمع بين عبد ومدبر في البيع وذكر فخر الاسلام والامام الكشاني رحمهما الله لم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فلم يبطل بالشرط الفاسد كالاعتاق ٭

قوله فلو زوجت نفسها منه لم يذكره اي في الجامع الصغير **قوله** في الوجه الاول اي فيما اذا لم يقل عني **قوله** وهي للمولى في الوجه الثاني اي فيما اذا قال عني والله اعلم بالصواب ٭

باب التدبير

قوله اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر وكذا اذا قال انت مدبر بعد موتي او انت حر مع موتي وكذا اذا قال اوصيت لك برقبتك او بعتقك او بنفسك وكذا اذا قال انت

من ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية المتصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك ٭

حر يوم موتي لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد حمل على مطلق الوقت ولو نوى به النهار دون الليل لا يكون مدبرا مطلقا لجواز ان يموت ليلا ٭

قوله من ذلك اي من البيع والهبة **قوله** وهو حر من الثلث من تتمة الحديث **قوله** ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولا يقال انه موجود حكما حينئذ وان كان معدوما حقيقة لان الشيء انما يعتبر وجودا حكما اذا امكن وجوده حقيقة ولا امكان لوجوده منه بعد موته لاستحالة وجود الفعل من الميت ولا يمكن تقديره حيا بعد الموت لان هذا الحكم لا يثبت الا اذا حكم الشرع بموته ومتى حكم الشرع بموته استحال ان يحكم بحيوته لافضائه الى التناقض فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية ولا يلزم اذا جن بعد التعليق بدخول الدار ووجد الدخول فانه يعتق العبد وان لم يكن هو اهلا لان الجنون لا ينافي اهلية العتق من كل وجه ولهذا يعتق عليه قريبه بالارث ولان المحل باق على ملكه ثمه ولا كذلك ههنا **قوله** ولانه وصية والوصية خلافة في الحال اي الايصاء سبب خلافة كالوراثة

قال وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فتجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشرين

اي كسب الوراثة لانه اثبات الخلافة في ملكه للموصى له مقدما على الوارث فاعتبر الحال سببا لاثبات الخلافة كالقرابة الا ان الوصية بالمال تبرع بالمال والوصية بالعتق تبرع بالعتق والتبرع بالمال لا يقع لازما فسببه ايضا لا يكون لازما فلم يمتنع ابطاله بالبيع ونحوه واما العتق فلا يثبت الا لازما فالسبب الذي يوجبه لا ينعقد الا لازما فيمنع جواز البيع لان سبب العتق اذا وجد يلزم ولا يجوز ابطاله لان سبب العتق يثبت حق العتق والحق ملحق بالحقيقة فكما لا يجوز ابطالها لانها حق لا يجوز ابطاله لانه حقه كالاستيلاد وفي البيع وما يضاهيه من الهبة والامهار ابطال السبب **قوله** وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم روي انه خوصم الى عثمان رضي الله تعالى عنه في الاولاد المدبرة فقال ما ولدته قبل التدبير فهو عبد

لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه فى الغالب لانه

كالكائن لا محالة والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام

وما ولدته بعد الذ ... بر فهو مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد فيصير اجماعا ٭

قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان السبب لم ينعقد **قوله** بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه فى الغالب لانه كالكائن لا محالة وقال ابو يوسف هو تدبير مقيد فان قيل اذا قال اذا جاء غد فانت حر لا يكون سببا فى الحال ولا يمتنع بيعه مع ان مجيء الغد كائن لا محالة كالموت قلنا لا نم انه كائن لا محالة فانه من الجائز ان تقوم القيمة قبل مجيء الغد او نقول ان الكلام فى الاعم الاغلب فان الاعم فى سائر التعليقات ان لا يكون كائنا لا محالة لتحقيق معنى الشرطية فلا يرد الافراد مثل الغد علينا نقضا او نقول فى التدبير معنى الخلافة وليس فى التعليق بالغد ذلك والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الاستيلاد

قوله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه قال جمهور الفقهاء وقال بشر المريسي وداؤد الاصفهاني ومن تابعه من اصحاب الظواهر يجوز بيعها ولا يعتق بموت المولى وهو قول علي رضي الله عنه وحكي عن ابي سعيد البردعي استاذ الكرخي رحمه الله انه خرج حاجا

اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه و هو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماثين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ماعرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت

من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلوة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داؤد فسأله حنفي عن بيع ام الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها يجوز اجماعا قبل العلوق فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ماثبت باليقين لايرتفع الا بيقين مثله فتحير الحنفي لانه لايقبل القياس وخبر الواحد لايوجب اليقين فقال ابوسعيد اجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان في بطنها ولدا حرا فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتحير داؤد فانقطع فلما رأى وهنه ووهن اصحابه في الفقه ترك الخروج الى مكة وجلس للتدريس فاجتمع اصحاب داؤد عند ابي سعيد وكان على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول ناما الزبد فيذهب جفاء واما ماينفع الناس فيمكث في الارض ثمالبث ان قرع انسان بابه واخبره بموت داؤد فاستقر امره بعد ذلك ٥

قوله اعتقها ولدها قال عليه السلام لمارية القبطية لما ولدت ابراهيم وحديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه صار بيانا لان المراد بقوله اعتقها اي اثبت فيها حق الحرية **قوله** ولان الجزئية قد حصلت الى آخره وهذا لان الماثين قد اختلط بحيث لايمكن الميز بينهما والبه اشار عمر رضه في قوله وقد اختلط لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن ولم يرد به نفس الاختلاط دليل ان الاستيلاد لوكان بالزنا لايصير ام ولد له حتى ملكها وانما اراد به اثبات بسبب الاختلاط وهو حرية الولد لكن بشرط ان يكون الولد ... لها ... في ما في بطن

٥

وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله ٠

قال وله وطئها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطئ وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد

جاريته لم يثبت لها حق العتق فلو كان ثبوت حق العتق لها باعتبار الاتصال بالولد الحر ليثبت هنا وحيث لم يثبت دل على انه غير مبني على هذا بل هو بناء على جزئية حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد بل حصل الاتحاد بينهما لان اضافة الولد الى كل واحد منهما على سبيل الكمال دليل اتحادهما والجزئية واتحاد كل واحد منهما يوجب الجزئية الا ان هذا الاتحاد حكمي غير حقيقي فيوجب حق الحرية لا حقيقتها وبعد الانفصال ايضا تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت ٠

قوله وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال اي بقاء الجزئية حكما انما يكون بحكم جزئيته موكدة بثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب فان الولد ينسب الى ابيه والام تنسب اليه بواسطة الولد ولهذا تثبت الجزئية في حقهم لا في حقهن حتى لو تزوج عبد حرة ثم ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يثبت له عتق مؤجل الى موتها حتى لا يعتق بموتها

قوله لان الاستيلاد لا يتجزى يريد به انه اذا امكن تكميله بان يتملك نصيب صاحبه بالضمان

لوجود المانع منه فلابد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطئ بخلاف العقد لان الولد تعين مقصودا فيه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعقد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها اولم يحصنها جازله ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه *

اما اذا لم يمكن تكميله بان استولد مدبرة مشتركة بينه وبين غيره يقتصر على نصيبه عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه *

قوله لوجود المانع وهوذهاب التقوم عند ابي حنيفة رحمه الله ونقصان القيمة عندهما

قوله الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله اي من غير لعان وفي المبسوط وانما يملك نفيه مالم يقض القاضي به اولم يتطاول ذلك فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه بالقضاء على وجه لايملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه وجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنية ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قدسبق في اللعان

قوله فان كان وطئها وحصنها المراد من التحصين هوان يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وان عزل عنها اولم يحصنها جازله ان ينفيه **قوله** لان هذا الظاهر وهوان يكون الولد من المولى باعتبار الظاهر عدم الزنا يقابله ظاهر آخر اي يعارضه ظاهر آخر وهوان يكون الولد من الزنا لوجود احد الدليلين وهما العزل وعدم التحصين وهذا مروي عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهي وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الاترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لايثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد

قوله وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله تعالى اي عن كل واحد رواية ويدل عليه اعادة كلمة عن روي عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها اولم يعزل حصنها اولم يحصنها تحصينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انه قال لاينبغي له ان يدعي النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين **قوله** وان كان النكاح فاسدا وفي الايضاح اراد بالفاسد ما اذا اتصل به الدخول وهو حينئذ في اثبات النسب ملحق بالنكاح الصحيح وكان الفراش فيه ما هو الثابت في النكاح الصحيح فكان اقوى من فراش ام الولد **قوله** ولو ادعاه المولى لايثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح اوشبهه بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق اثبات النسب من الزوج واستغنائه

وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب

من النسب يبقى معتبرا في حق الام لانها محتاجة الى حق امية الولد بخلاف ما اذا اقر بالاستيلاد بالزنا لانه احتمال للنسب مع تصريحه بالزنا ٭

قوله وان لا يبعن وفي بعض النسخ وان لا يسعين **قوله** فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون ان يأخذ وامن عليه القصاص بديهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمتقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئا متقوما وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وقيل معناه اذا قتل رجل مديونا والمديون : عفا فلا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو ٭

ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولده ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولده وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل

قوله ومالية ام الولد جواب عما يلزم على ابي حنيفة رحمه الله ان مالية ام الولد غير متقومة عنده فاجاب ان مالية ام الولد متقومة في اعتقاد الذمي فيترك وما يعتقده كما في مالية الخمر والثاني ان مالية ام الولد وان لم تكن متقومة ولكن ملكه فيها محترم وقد احتبس عندها بمعنى من جهتها وهذا يكفي لوجوب الضمان كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب احد الشريكين بعفو صاحبه يلزمه بدله فان قيل لو كان احترامها كافيا لوجوب الضمان ينبغي ان يجب الضمان بغصب ام الولد لما انها حرام التعرض بالغصب ومع ذلك لا يجب الضمان به عند ابي حنيفة رحمه الله قلنا انما لم يجب الضمان به على قوله لان مبنى ضمان الغصب على المماثلة لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لان الغصب من الاعتداء ولا مساواة بين ما ضمن به من المال وبين مالية ام الولد لانها غير متقومة فلما لم تثبت المساواة لم يجب الضمان كما في غصب المنافع لم يجب الضمان لهذا المعنى **قوله** لقيام الموجب وهو وجوب ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت

ولنا ان السبب هو الجزئية على ماذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطى جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ماقبل الاستيلاد وان وطى اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب

قوله ولنا ان السبب هو الجزئية اي الجزئية مع النسبة الى الاب لانه اذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف الى كل واحد منهما على سبيل الكمال فيصير هي منسوبة اليه باعتبار هذه الواسطة فصار نفسها كنفسه لما صار بعضها كبعضه ثم لو ملكه نفسه يعتق عليه من كل وجه فاما اذا ملك نفسه من وجه عتق عليه من وجه وهذا متقرر متى ثبت نسب الولد بنكاح او ملك فاما اذا استولدها بالزنا واقر بذلك ثم ملكها يصير ام ولده قياسا وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه لانه ولده حقيقة حتى لو ملكه يعتق عليه فكذا امها تكون ام ولده وفي الاستحسان لا تصير ام ولد له لان الموجب لحق العتق لها صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد ولم يوجد هنا لان نسب الولد بالزنا لا يثبت ولا تصير هي منسوبة اليه بدون هذه الواسطة وانما عتق عليه الولد لو ملكه لانه جزؤه حقيقة وكما لا يستديم للانسان الملك على نفسه لا يستديم الملك على جزئه **قوله** نظيره من اشترى اخاه من الزنا اي اخاه لاب لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الولد وهي غير ثابتة فاما اذا اشترى اخاه لام من الزنا يعتق عليه **قوله** واذا وطى جارية

ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين الشريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لايتجزى لما ان سببه لايتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لايتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولايغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم ينعلق شئ منه على ملك الشريك

ابنه يريد بها القنة لانها محل التملك حتى لو كانت مدبرة ام ولد الابن بحيث لا تنتقل الى الاب بالقيمة مد عوته باطلة ثم دعوة الاب انما تصح بشرط ان الجارية في ملك الابن وقت العلوق ووقت الدعوة وان لا تخرج من ملك الابن فيما بين ذلك حتى يمكن استناد الملك الى ماقبل الاستيلاد ٭

قوله ولوكان الاب ميتا يثبت من الجد هذا اذا جاءت به بعد موت الاب لستة اشهر فصاعدا واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر لاينسب من الجد **قوله** لا ينعلق من مائين اي من ماء رجلين **قوله** بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنا يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه فان قيل ان ذلك انما يثبت ضرورة تصحيح الاستيلاد فيثبت سابقا عليه فيبقى ما وجد من فعل الوطئ سابقا على العلوق

وان ادعياه معاثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما ﴿وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القائف لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة رضي الله تعالى عنه ولنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه

في غير الملك فينبغي ان يجب العقر قلنا الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فتقدم الملك على جملة الفعل فيقع الوطئ في الملك ٭

قوله معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بهذا لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي فيثبت في نصيب شريكه ايضا **قوله** وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة هي جمع القائف وهم جماعة يعرفون بانهم يعرفون اولاد الناس بالشبه تمسك الشافعي رحمه الله بما قالت عائشة رضي الله عنها دخلت على رسول الله عليه السلام واسارير وجهه تبرق من السرور وقال اما ترين يا عائشة ان مجززا المدلجي مر باسامة وزيد وهما نائمان تحت لحاف واحد وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض فسرور رسول الله عليه السلام بقول القائف دليل على ان قوله حجة في النسب وقلنا ان قول القائف رجم بالغيب ودعوى بما استأثر الله تعالى بعلمه في قوله تعالى ويعلم ما في الارحام ولا برهان له في قوله مع انه كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد الى غير الاباء ومجرد الشبه غير معتبر الا ترى ان الله تعالى

وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وعن علي رضه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن تتعلق به احكام متجزية فمايقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كانه ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين الاب الآخر اوكان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به ＊

قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في النسب

حكم باللعان بين الزوجين عند نفي النسب ولم يأمر بالرجوع الى قول القائف واعتبار الشبه وانما سر به عليه السلام لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدونه ان عند القائف علما بذلك فكان قول القائف رد الطعن الكفار لا لان قول القائف حجة في النسب شرعا كذا في المبسوط ＊

قوله وهو للباقي منهما حتى اذا مات هذا الابن يكون كل ميراث الابن لهذا الاب الباقي ولا يجعل النصف لهذا الاب والنصف لورثة الاب الميت

قوله ولكن تتعلق به احكام متجزية كالنفقة والارث وولاية التصرف في ماله والحضانة وما لا يقبل التجزية كالنسب وولاية الانكاح **قوله** وعلى كل واحد منهما

كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبة فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن ٠

قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره ٠

نصف العقر قصاصا بماله على الآخر فان قيل لا فائدة في وجوب العقر لانه يصير قصاصا قلنا فيه فائدة فربما يبرئ احدهما عن حقه فيبقى حق آخر فتتوجه المطالبة ٠

قوله كما اذا اقاما البينة اي اذا اقاما البينة على شيء واحد يكون ذلك الشيء بينهما على السواء فكذا هذا واما اذا اقاما البينة على مجهول النسب فالحكم هكذا **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه اي لا يشترط تصديق المكاتب بل يثبت بمجرد دعوة المولى كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى فكذلك جارية الابن كسب كسب الاب او يقول للمولى في المكاتب ملك الرقبة وليس للاب على الابن ملك الرقبة ولا ملك اليد بل للاب في مال الابن حق التملك وحق الملك اقوى من حق التمليك فلما ثبت للاب نسب الولد من جارية الابن بدون الملك على الابن وعلى جاريته بغير تصديق الابن فلان يثبت للمولى نسب الولد من جارية المكاتب بغير تصديق المكاتب مع حقيقة الملك للمولى على المكاتب اولى الا ترى ان المولى اذا اعتق المكاتب يصح مع انه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فعلم ان المالك المولى ...

قوله لصحة الاستيلاد لما نذكره ... ...

قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لا نه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لابد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله وقيمة ولدها اي وعلى المولى قيمة ولد جارية مكاتبه يوم ولد **قوله** فلو ملكه يوما اي لو ملك المولى يوما ولد جارية المكاتب الذي ادعاه وكان لم يثبت نسبه عند الدعوة بسبب تكذيب المكاتب يثبت نسبه عند ملكه اياه وذكر في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة دعوته الا انه امتنع صحة دعوته بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد والله تعالى اعلم بالصواب •



كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى

- كتاب الايمان -

اليمين في اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال الشماخ اذا ما راية رفعت لمجد تلقتها عرابة باليمين وفي الشريعة عبارة عن عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وسمي هذا العقد بها لان العزيمة يتقوى بها واما شرطها ففي الحالف كونه عاقلا بالغا وفي الحلف كونه خبرا محتملا للصدق والكذب عندنا وعند الشافعي رحمه الله نفس الخبر واما حكمها فالبر حال بقاء اليمين اذا وجب تحقق البر وقيد به لان من الايمان ما لا يجب تحقق البر فيها كما اذا حلف على معصية والكفارة عند فوت البر خلفا عنه وهي نوعان يمين بالله تعالى او صفته ويمين بغيره تعالى فالاولى مشروعة

وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة

بالكتاب قال الله تعالى وتالله لاكيدن اصنامكم والسنة قال صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا والاجماع فالصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم يحلفون وذكر في المبسوط ان اليمين على نوعين نوع يعرفه اهل اللغة وهو مايقصد به تعظيم المقسم به ويسمون ذلك قسما الا انهم لا يخصون ذلك بالله وفي الشرع هذا النوع من اليمين اي تعظيم المقسم به لايكون الابالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لايجوز هتك حرمة اسمه بحال والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لما فيها من معنى اليمين وهو المنع اوالايجاب ولكن اهل اللغة لايعرفون ذلك لانه ليس فيه معنى التعظيم قال رضي الله تعالى عنه الايمان على ثلثة اوجه اليمين الغموس وفي بعض النسخ يمين الغموس على الاضافة في المغرب هو خطأ لغة وسماعا وفيه سميت غموسا لانها تغمس صاحبها في الاثم ثم في النار فالغموس هي الحلف على امر ماض وذكر المضي ليس على الشرط فانها تكون في الحال ايضا نحو قوله والله مالهذا علي دين وهو يعلم خلافه وهي ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحرة بيعا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع ثم لاتنعقد هذه اليمين فيما هو حكمها في الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار وعند الشافعي رحمه الله تنعقد موجبة للكفارة فمن اصله محل اليمين نفس الخبر وشرط انعقادها القصد الصحيح وعندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق لانها تنعقد موجبة للبر ثم الكفارة خلف عنه عند فوات البر فالخبر الذي لا يتصور فيه الصدق لا يكون محلا لليمين والعقد لاينعقد بدون محله وحجته قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم

حتى تتأدى بالصوم وتشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة

ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم فالله تعالى اثبت المؤاخذة في اليمين المكسوبة والغموس بهذه الصفة لانها مقصودة بالقلب ثم فسر هذه المؤاخذة بالكفارة في قوله ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان معناه بما قصدتم فالعقد هو القصد ومنه سميت النية عقدة فاوجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارته لان الفاء للوصل وقال في آخر الآية ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والكفارة بنفس الحلف انما تجب في الغموس والمراد بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم الامتناع من الحلف وحجتنا فيه قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا الآية فقد بين الله تعالى جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر فيها اليمين الفاجرة والمعنى فيه انها غير معقودة لان عقد اليمين للحظر او للايجاب وذلك لا يتحقق في الماضي والخبر الذي ليس فيه توهم الصدق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال لخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا للكفارة كالزنا والردة وهذا لان المشروعات تنقسم ثلثة اقسام عبادة محضة وسببها مباح محض وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض وكفارات وهي تتردد بين العبادة والعقوبة فمن حيث انها لا تجب الا جزاء تشبه العقوبة ومن حيث انه يفتى بها ولا يتادى الا بنية العبادة ويتأدى بما هو محض العبادة كالصوم يشبه العبادة فينبغي ان يكون سببها مترددا بين الحظر والاباحة وذلك المعقودة على امر في المستقبل باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى مباح وباعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة واما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى اولى

ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجوان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم الآية

فلا يصلح سببا للكفارة ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين ولهذا لا تجب في المعقودة على امر في المستقبل الا بعد الحنث لان قبل الحنث ما هو الاصل قائم وهذا انما يتصور في خبر فيه توهم الصدق انه ينعقد موجبا للاصل ثم الكفارة خلفا ومعنى قوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم وحنثتم كما في قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر معناه فافطر فعدة من ايام اخر والمراد بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم المؤاخذة بالوعيد في الآخرة •

قوله ولو كان فيها ذنب فهو متأخر اي لو كان في المعقودة ذنب وهو الحنث بهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت اليمين فيرتفع اليمين اذا وجد واما الذنب في الغموس وهو هتك حرمة اسم الله تعالى فمقارن فيمنعها من الانعقاد وكانت اليمين في الغموس غير منعقدة فلما كان كذلك لم يلزم من وجوب الكفارة في المنعقدة وجوبها في الغموس ولانه قارنها ما يحلها ولو طرء عليها رفعها فاذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح والمنعقدة ان يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله وهي في وجوب الحفظ اربعة انواع نوع منها ما يجب

الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة

تجب اتمام البر فيها وهو ان ينعقد على فعل طاعة امر بها او امتناع من معصيته وذلك فرض عليه قبل اليمين وباليمين يزداد وكادة ونوع منها لا يجوز حفظها وهو ان يحلف على ترك طاعة اوفعل معصية لقوله عليه السلام من حلف ان يطيع الله فليطعه ومن حلف ان يعصي الله فلا يعصه ونوع يتخير فيه بين الحنث والبر والحنث خير من البر فيندب فيه للحنث لقوله عليه السلام من حلف على اليمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير وليكفر يمينه وادنى موجبات الامر الندب ونوع يستوي فيه فعل البر والحنث في الاباحة فيتخير بينهما وحفظ اليمين اولى لظاهر قوله تعالى واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين يكون بعد وجودها فعرفنا ان المراد به حفظ البر ومتى حنث في هذه اليمين فعليه الكفارة *

قوله الا انه علقه بالرجاء جواب عما يقال نفي المؤاخذة باللغو منصوص عليه في كتاب الله تعالى والمنصوص مقطوع به فما معنى تعليقه بالرجاء فاجاب بان صورة يمين اللغو مختلف فيها بين العلماء وانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة باللغو في الصورة التي ذكرها ولذلك غير معلوم بالنص قطعا فجاز تعليقها بالرجاء **قوله** للاختلاف في تفسيره وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن ابي اوفي وعن ابن عباس رضي الله عنهما في احدى الروايتين

فك

ولوكانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدور على دليله وهوا لحنث لا على حقيقة الذنب والله تعالى اعلم بالصواب *

وروي عن محمد رحمة الله تعالى عليه انه قال هوقول الرجل في كلامه لا والله و بلا والله وهوقريب من قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد فى الماضي كان اوفى المستقبل وهواحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه وروت عائشه رضي الله تعالى عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو مايكون خاليا عن الفائدة والخبر فى الماضي خال عن فائدة اليمين على ماقررنا فكان لغوا واما الخبر فى المستقبل فعدم القصد لايعدم فائدة اليمين وقد وردالشرع بان الهزل والجد فى اليمين سواء والناسي فى اليمين ان يذهب عن التلفظ باليمين ثم يتذكرانه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا بان يقول لغيره الاتأتينافيقول بلى والله غيرقاصد لليمين وفي بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي وهوان يريدان يسبح فجرى على لسانه اليمين *

قوله ولوكانت الحكمة رفع الذنب هذاجواب سؤال وهوان يقال الكفارة شرعت لاجل سترالذنب ولاذنب فى المجنون اذااتى المحلوف عليه فينبغي ان لاتجب الكفارة عليه فقال الحكمة وهووجوب الكفارة دائرمع دليل الذنب وهوالحنث لامع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائرمع دليل شغل الرحم وهواستحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلابان اشترى جارية بكرا اواشتراها من امرأة والله تعالى اعلم بالصواب *

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله تعالى او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قوله واليمين بالله تعالى اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته فالاسم هنا عبارة من لفظ دل على الذات مع صفة كالرحمن والرحيم والعالم والصفة عبارة من المصادر التي تحصل من وصف الله تعالى باسماء فاعليها وجميع اسماء الله تعالى في ذلك سواء تعارف الناس الحلف به او لم يتعارفوا هو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح لان الحلف باسم الله تعالى ثبت بقوله عليه السلام فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر والحلف بسائر اسمائه حلف بالله وما ثبت بالنص او دلالته لا يراعى فيه العرف وقال بعض اصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم العليم والقادر فان اراد به يمينا فهو يمين وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا **قوله** من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وقال العراقيون من مشائخنا الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلالة والكبرياء يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب والرضاء ليس بيمين وقالوا صفة الذات ما لا يجوز ان يوصف بضده وصفة الفعل ما يجوز ان يوصف بضده فانه يقال يرضى بالايمان ولا يرضى بالكفر وقالوا ان ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كذكر الذات والحلف بالله مشروع دون غير الله قالوا وهذا الطريق

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله تعالى عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لوقال انا بريء منه يكون يمينا

غير مرضي عندنا لانهم يقصدون بهذا الطريق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الله تعالى غير الذات والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات صفات الفعل والاصح هو اختيار مشايخ ما وراء النهر ان الايمان مبنية على العرف والعادة ولهذا قال محمد رحمة الله تعالى عليه وامانة الله اذه يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب يحلفون بامانة الله تعالى عادة فجعلها يمينا وقيل في معناه انه يتعذر الاشارة الى شيء بعينه على الخصوص انه امانة والحلف به متعارف معلمنا انهم يريدون به الصفة فكانه قال والله الامين وحكى الطحاوي عن اصحابنا انه ليس بيمين لانه عبارة عن الطاعات ❊

قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم فان قيل يقال انظروا الى قدرة الله والمراد المقدور ثم قوله وقدرة الله يمين قلنا هذا متعارف او على حذف المضاف اي الى اثر قدرة الله **قوله** ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا فان قيل قد اقسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته كقوله تعالى والضحى والليل اذا يغشى فكان ينبغي ان يكون القسم بغير الله مشروعا قلنا في القسم تعظيم المقسم به وقد نهي

لان التبري منهما كفر

قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اي آمنتم به قال ابوحنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله تعالى واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله تعالى وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف

العبد عن تعظيم غير الله بالقسم فيجب عليه الانتهاء واما الله تعالى فله ان يثبت الحرمة لماشاء اي وقت شاء وليس للعبد ذلك وفي النهاية وما اعتاد الناس من الحلف بالفارسية بجان سرتو ان اعتقدوا انه حلف واعتقدان البربه واجب يكفر كذا في محاسن الشرائع وذكر في تتمة الفتاوى قال علي الرازي رحمه الله اخاف على من قال بحيوتي وحيوتك وما اشبه ذلك انه يكفر ولولا ان العامة يقولون ولا يعلمون لقلت انه شرك لانه لا يمين الا بالله وانما جعل الله اليمين بالله ليبرعوي الرجل اي ليمتنع اذا ذكر الله فلا يحلف هو واذا حلف بغير الله تعالى فكانه اشرك معه وقال ابن مسعود رضي الله عنه لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا *

قوله لان التبري منهما كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين كما اذا قال ان فعلت كذا فانا يهودي

قوله وعنه رواية اخرى اي عن ابي يوسف رحمه الله رواية اخرى انه يكون يمينا

قوله لان الحق من صفات الله تعالى اي من اسمائه الدالة على صفة حقيقة فيكون الاضافة للبيان كما تضاف الصفة الى الموصوف في قولهم جرد قطيفة وحاتبه حبر فكانه قال والله الحق

فكا

ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف

قوله ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اي الحق اذا اضيف الى الله تعالى يراد به الطاعات فقد قيل لرسول الله عليه الصلوة والسلام ما حق الله على عباده فقال ان لا يشركوا به شيئا ويعبدوه ويقيموا الصلوة ويؤتوا الزكوة والحلف بالطاعات لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله بخلاف ما لو قال والحق لانه من اسماء الله تعالى **قوله** ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر يراد به تحقيق الوعد اي يكون لتأكيد مضمون الجملة ومعناه افعل هذا لا محالة كما في قولهم هذا عند الله حقا فلا يكون يمينا **قوله** ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف اي اذا ذكر المقسم عليه كما اذا قال اقسم لافعلن كذا او لا افعل كذا لان الحلف بالله هو المشروع فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة **قوله** واليمين بالكسر عطفا على العدة اي لانه يحتمل الاستقبال ويحتمل اليمين بغير الله تعالى

قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا فلم يسم فعليه كفارة يمين

قوله وكذا قوله لعمر الله العمر بالضم والفتح البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم والبقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقي وهو معطوف على قوله ولو قال اقسم وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين فتخففت الهمزة وحذف النون للقسم وهذا مذهب نحوي الكوفة وقيل معناه والله وايم صلة وهو قول البصريين وذهب سيبويه الى انها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاول فاجتلبت الهمزة لتعذر النطق بالساكن كما اجتلبت في ابن واشباهه فعلى هذا لا تكون الهمزة مخففة للقسم وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين اذ الحالف بالله عاهد الله ان يفعل ذلك الشيء اولا يفعله يدل عليه قوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى المعاهد ذميا وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله وفي النهاية اعلم ان ههنا اربع مسائل الاولى ان ينذر نذرا مطلقا بان يقول لله علي نذر او نذر الله فحسب فعليه كفارة يمين وهذا الالتزام لكفارة اليمين ابتداء بهذه العبارة قال عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة اليمين والثانية ان يقول لله تعالى علي صوم يوم الجمعة او قال علي نذر صوم يوم الجمعة فعليه الوفاء به والثالثة اذا علق نذره بشرط كما ذكرنا فعليه الوفاء بما سمي والرابعة ان يقول علي نذر ان لا افعل كذا او علي نذر الله ان لا افعل كذا فهذا ينعقد يمينا وموجبه موجب اليمين كذا ذكره الامام بدر الدين الكردري رحمة الله تعالى عليه *

وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني اوكافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كمانقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعا على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

قوله وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي اونصراني اوكافر يكون يمينا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يكون يمينا لانه علق الفعل بما هو معصية فصار كما لو قال ان فعلت كذا فانا زان ونحوه ولنا ماروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال من حلف بالتهود والتنصر فهو يمين ولانه لما جعل ذلك الفعل علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع لان الكفر واجب الامتناع فكذا ما هو علم له وقد امكن القول بوجوب الامتناع لغيره بجعله يمينا كما في تحريم الحلال اما التشبه بتحريم الحلال فانه لما علق الكفر بالدخول مثلا فقد حرم الدخول من حيث جعله علما على الكفر لانه جعل الدخول شرطا للكفر وشرط الكفر حرام حقا لله خالصا لا يحل بحال فصار بمعنى تحريم اليمين كناية عنه كتحريم الحلال فكان قوله جعلته شرطا للكفر وقوله حرمته واحدا ولان اعلام الكفر حرام كشد الزنار ولبس قلنسوة المجوس وهذا قد جعله علما فصار حراما وما كان قصده الى جعله علما فان لم يجعل

فصل في الكفارة

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها مايجزي في الظهار وان شاء كساعشرة مساكين كل واحد ثوبافما زاد وادناه مايجوزفيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارةالظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة

كتحريمه بلفظه وان كان لايحرم ثم التحريم يمين فكذلك جعله علما على الكفر بخلاف قوله انا زان ونحوه لان حرمة الكفر لاتحتمل السقوط والنسخ كحرمة هتك الاسم وحرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ فلم يكن نظير هتك حرمة الاسم فلم يكن يمينا وهذا اذا كان في المستقبل فاما اذا كان في الماضي بشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر في المروي عن ابي يوسف رحمه الله اعتبارا للماضي بالمستقبل وهذا لانه قصد به اليمين ولم يقصد به تحقيقه وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بشيء كائن تنجيز فكانه قال هو كافر والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لايكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر يكفر به في الماضي والمستقبل لانه اذا اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضي بالكفر والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في الكفارة

قوله قال كفارة اليمين عتق رقبة اي اعتاق رقبة **قوله** وادناه ماتجوز فيه الصلوة وهو السراويل وهو مروي عن محمد رحمه الله وفي رواية اخرى عنه انه قال ان اعطى الرجل يجوز وان اعطى المرأة لايجوز لانه اذا اعطى الرجل سراويل فقد اعطاه ما يستر به عورته واذا اعطاه المرأة لم يعطها مايستر به عورتها كذا في الذخيرة لكن

*

قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة يروى عن محمد رح وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان ادناه مايستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن مالا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه بالمال

ه الا يجزيه عن الكسوة مايجزيه عن الطعام فانه لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزيه عن الكسوة لان الاكتساب به لا يحصل ولكنه يجزيه عن الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذالك لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة نصيب كل مسكين منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام باعتبار القيمة نوى اولم ينو وروي عن ابي يوسف رحمه الله اذالم ينو لا يجزيه عن الطعام وقال زفر رحمه الله لا يجزيه وان نوى لانه منصوص عليه فلا يصح بدلا كما لو ادى نصف صاع من تمر لا يجعل بدلا عن الحنطة لان البدل بمنزلة البيع ومايكون اصلا لايكون تبعا في ذلك الباب وقلنا التمر لا يصلح بدلا عن الحنطة لكونه ه لا ولكونهما شيئا واحدا من حيث المعنى لان المقصود منهما واحد وهو رد الجوع ويصلح بدلا من حيث انهما جنسان فكان المانع شيئين فترجح المانع وفي الكسوة مع الطعام يرجح الموجب الجواز لاختلاف الجنسين واختلافهما في المقصود اذ المطلوب من الكسوة في الكفارة رد العري والمطلوب من الطعام رد الجوع وقوله ماصار اصلا في باب لا يجعل تبعا فيه قلنا لم يجعل الكسوة بدلا عن الكسوة حتى يصير بدلا فيما صار اصلا وانما جعلناه بدلا عن الطعام ه

قوله فان لم يقدر على احد الاشياء ثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله

لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يستند

بخبر لاطلاق النص ولا يلزم ان المطلق يحمل على المقيد عنده وان وردا في حادثتين كما في رقبة كفارة القتل وسائر الكفارات لانه انما يصار اليه اذا كان المقيد نوعا واحدا اما اذا كان المقيد نوعين فلا للتعارض وهنا كذلك لان صوم كفارة الظهار والقتل مقيد بالتتابع وصوم المتعة مقيد بالتفريق ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وانما يقرأ سماعا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فصارت قراءته كالرواية المشهورة عن النبي عليه السلام فصحت الزيادة والتقييد بها كما في صدقة الفطر فانا لم نحمل المطلق وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادوا عن كل حر وعبد على المقيد وهو قوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين لانهما وردا في الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفين متضادين في وجوده فاذا ثبت تقييده بالتتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقا ضرورة وثم وردا في السبب ولا منافاة بين السببين فالمقيد في احد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الاطلاق في الآخر وانما لم يجز صوم المتعة قبل ايام النحر لانه لم يشرع لا لان التفريق واجب وهذا بخلاف قضاء رمضان لان قراءة ابي لم يشتهر والزيادة بخبر الواحد لا يجوز ثم اعتبار الفقر والغنى عند ارادة التكفير عندنا وعند الشافعي رحمه الله عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم اعسر جاز الصوم وبعكسه لا عندنا وعند الشافعي رحمه الله على القلب وقاسها على الحد اذ المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق ولنا ان الصوم شرع خلفا عن التكفير بالمال كالتيمم خلف عن الوضوء الا ترى انه قال هنا فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام وقال ثمة فلم تجد واماء فتيمموا ثم المعتبر ثمة وقت الاداء لا وقت الوجوب كذا هنا وحد العبيد ليس ببدل عن حد الاحرار

قوله لانه اداها بعد السبب وهذا لان سبب وجوب الكفارة اليمين لانها

من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه

تضاف الى اليمين فيقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها ولا يلزم تعجيل البدني لان الواجب حاصل بالسبب على اصله ووجوب الاداء متراخ عنه الى الشرط والمالي يحتمل الفصل بين وجوب ووجوبه الاداء لان الواجب قبل الاداء مال معلوم والبدني لا يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب ادائه لا في الواجب فعل فلما تأخر وجوب الاداء لم يبق الوجوب لتاخر تفرد السبب ولنا ان الكفارة لستر الجناية وقبل الحنث لا جناية فلا تصح الكفارة لاستحالة الستر عن الجناية قبل الجناية وهذا لان عقد اليمين ليس بذنب اجماعا فانه امر مشروع لانه في عقد اليمين معظم اسم الله تعالى والمشروع لا يوصف بالذنب واما الذنب في هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث فاستحال التكفير قبل الحنث كالطهارة قبل الحدث واليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فانى يكون موجبة لما يجب بعد الحنث بخلاف الجرح لانه طريق مفض الى زهوق الروح واضافة الكفارة الى اليمين لانها تجب بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم والاحرام بهذا الطريق الا ان يكونا سببين لوجوب الكفارة لكونهما نعس عما تجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور فان قيل تعليلكم مردود لانه مخالف للنص والخبر وهذا لانه تعالى قال ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان نكفارة والفاء الوصل والتعقيب فيقضى جواز التكفير بعد اليمين متصلا بها وقال كذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم رتبها على الحلف لا على الحنث وقال عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر يمينه ثم ليأت بالذي هو خير وهذا نص في الباب قلنا الحنث مضمر في النص دلالة ما قلنا كما اضمر في قوله تعالى فمن كان

اوليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة

ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما

منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر في الرواية المشهورة فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر يمينه فيجب حمل الاول على الثاني بطريق التقديم والتأخير لان ثم يجيء بمعنى الواو وقال الله تعالى ثم كان من الذين آمنوا ثم الله شهيد وهذا لان موجب الامر الوجوب والتكفير يجب بعد الحنث لا قبله ولان قوله فليكفر امر لمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير الا بعد الحنث لان قبله يجوز بالمال عنده دون الصوم ٭

قوله اوليقتلن فلانا يريد به اذا وقت القتل حتى يتصور الحنث من الحالف

قوله في ضده اي في ضد ما قلنا من الحنث وقوله عليه السلام من حلف على يمين اي على محلوف عليه وهو الفعل او تركه واليمين مركبة من مقسم به وحرف القسم وهو والله ومن مقسم عليه وهو ليقتلن فلانا مثلا فذكرهما الكل واراد البعض او اراد باليمين محله وهو القتل وغيره فكان من قبيل اطلاق اسم الحال على المحل

قوله ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه بان قال حرمت علي ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصر محرما عليه اي بعينه ٭

قكم

وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لاكفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلاينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا اوكثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غيرذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله تعالى وجه الاستحسان ان المقصود هو البر لايتحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولايتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق عن غيرنية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى

قوله وعليه ان استباحه اي اقدم عليه بان لبس ذلك الثوب اواكل ذلك الطعام كفارة يمين وقال الشافعي رحمه الله لاكفارة عليه الا في النساء والجواري لان تحريم الحلال قلب المشروع واليمين عقد مشروع فلاينعقد بلفظ هو قلب المشروع كقلبه وهو تحليل الحرام ولان تحريم الحلال ليس الى العبد لان المحرم والمحلل هو الله تعالى فيلغو ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ثم قيل ان النبي عليه السلام حرم العسل على نفسه وقيل حرم مارية والتمسك على الاول ظاهر وكذا على الثاني لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم المضاف الى الجواري لما ثبت يمينا بهذه الاية فكذا التحريم المضاف الى سائر المباحات دلالة ولان حرمة الحلال ... بسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص

وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروى حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة اوصوم سنة اوصدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح •

على السبب مجازا وهذا لان لفظه يقتضي ثبوت الحرمة ولم يمكن اثبات الحرمة لعينه لانه ليس اليه تحريم عينه لما ذكر فثبت الحرمة لغيره كما هو موجب اليمين اذا حلف ان لا يدخل هذه الدار حرم الدخول من حيث انه حنث وان كان الدخول مباحا في نفسه فاذا قال حلال الله علي حرام لم يمكن اثبات الحرمة لعينه فصار كناية عن قدر ما جعل اليه من التحريم كيلا يلغو كلامه **قوله** وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف وفي فتاوى الشيخ الامام نجم الدين النسفي رحمة الله تعالى عليه حلال المسلمين علي حرام ينصرف الى الطلاق بلانية بالعرف وكذا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروى حرام ولو قال بدست چپ گيرم لايكون طلاقا لعدم العرف ولو قال بدست گيرم كان ايلاء كذا في التتمة **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اى منجزا غير معلق بان قال لله علي صوم شهر

قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع فى اليمين والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لما روي عن العبادلة الثلثة رضي الله تعالى عنهم اجمعين موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة وقوله فى الكتاب فقد بر في يمينه اي لم ينعقد يمينه قوله الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الانفصال رجوع ولا يصح الرجوع فى الايمان وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه يجوز الاستثناء المنفصل الى ستة اشهر لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت اي اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثن مفصولا وروي ان محمد بن اسحق صاحب المغازي كان عند المنصور وكان عنده يقرء المغازي وابوحنيفة رحمه الله كان حاضرا فاراد ان يغري الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك فى الاستثناء المنفصل فقال ابلغ من قدرك ان يخالف جدي فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فتبارك الله لك في عهودك اذن فان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون فلا يحنثون فقال نعم ماقلت وغضب على محمد بن اسحق واخرجه من عنده وفي تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة من ان يكون ملزمة ولا يحتاج حينئذ الى المحلل لان المطلق يستثني اذا ندم وقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت معناه اذا لم يذكر ان شاء الله في اول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولا بكلامك والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانه تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة

باب اليمين في الدخول والسكنى

الاصل ان الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على العرف عندنا وعند الشافعي رحمه الله على الحقيقة لان الحقيقة حقيق بان يراد وعند مالك رحمه الله على معاني كلم القرآن لانه على اصح اللغات وافصحها ولنا ان غرض الحالف ما هو المتعارف فينعقد بغرضه الا ترى ان من حلف لا يستضئ بالسراج ولا يجلس على البساط فاستضاء بالشمس او جلس على الارض لا يحنث وان سمي في القرآن الشمس سراجا والارض بساطا .

قوله والظلة تكون على السكة وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب وعن صاحب الحصر هي التي احد طرفي جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل وذكر في الذخيرة ولو دخل ظلة باب ذكر في الكتاب انه لا يحنث واراد بالظلة الساباط التي تكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء لانه لا يطلق عليه اسم البيت لانه لا يبات فيه وكذلك اذا كان فوقه [illegible] الطريق لا يحنث اذا كان عقد [illegible] على بيت شخص [illegible]

وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها

قوله وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح وفي المبسوط من اصحابنا من يقول هذا الجواب اي الجواب بالحنث بناء على عرف اهل الكوفة لان الصفة عندهم اسم لبيت يسكنونها صيفا ومثلها في ديارنا يسمي كاشانه واما الصفة ففي عرف ديارنا غير البيت ولايطلق عليه اسم البيت بل ينفي عنه فيقال هذه صفة وليس ببيت ولا يحنث والاصح عندي ان مراده حقيقة مايسميه الصفة ووجهه ان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبني للبيتوتة فيه وهذا موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناها الا ان يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه خص العام بنيته **قوله** لان الدار اسم للعرصة اي بعد البناء بقي البناء اولم يبق فاما العرصة قبل البناء لايسمى دارا الاترى ان المفاوز والمزارع لايسمى دارا **قوله** وقد شهدت اشعار العرب بذلك

قال لبيد

عفت الديار محلها فمقامها ... بمنى تأبد غولها فرجامها

وقال النابغة

يا دار مية بالعلياء فالسند ... اقوت وطال عليها سالف الابد

غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا وبني بيتا فدخله لم يحنث لانه لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث •

قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا

قوله غير ان الوصف في الحاضر لغو لان الاشارة ابلغ في التعريف فاغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح فاستوى وجوده وعدمه وتعلقت اليمين بذاتها وذاتها باق بعد انتقاص الحيطان وفي المنكر معتبرة لان الغائب يعرف بالوصف فتعلقت اليمين بدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة ولا يلزم على هذا [illegible] ان لا يأكل من هذا الرطب فانه لا يحنث باكله بعد ما صار تمرا لان الصفة في [illegible] انما يكون لغوا اذا لم تكن الصفة داعية الى اليمين كما لو حلف [illegible] صاحب هذا الطيلسان او لا يأكل لحم هذا الحمل والرطوبة [illegible] ايضا ان لا تذكر الصفة بطريق الشرط حتى لو قال [illegible]

والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه تضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

الدار فهي طالق لم تطلق اذا دخلت ما شيئا لانها ذكرت بطريق الشرط وفيما نحن فيه اشارة الى عين موصوفة بصفة مرغوبة وهو البناء والعمارة وانه بمنزلة الوصف للعرصة فوجب ان يكون الوصف لغوا فيما اشار اليه لانه لا يكون مذكورا بطريق الشرط ولا يصلح داعيا الى اليمين بترك الدخول وفي المنكر يكون وصف البناء معتبرا كما لو حلف لا يكلم صاحب طيلسان اولا يكلم صبيا لتقيد اليمين بالصفة المذكورة فيهما فان قيل قال محمد رحمه الله في كتاب الوكالة ولو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة تلزم الموكل ولو كانت الصفة في المنكر معتبرة وجب ان لا يلزمه قلنا الصفة انما اعتبرت في المنكر من كل وجه والدار في الوكالة يعرف من وجه لان التوكيل بشراء الدار انما يصح بعد بيان الثمن والمحلة فان قيل لو حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد بصفة ما فوجب ان لا تتقيد الدار بصفة البناء ايضا قلنا صفة البناء معينة للدار فجاز ان يكون مراده بحكم العرف والصفات في الرجل متزاحمة وجميع الصفات بامرها ممتنعة للتضاد وليس البعض اولى من البعض فلهذا افترقا والسقف في البيت بمنزلة البناء في الدار اعتبر في المنكر دون المعرف ۰

قوله والقياس ان يحنث وهو قول الشافعي رحمه الله لان الدوام له حكم الابتداء حتى

ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنها ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره فى السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار

لونوى بالدخول الدوام صحت نيته ولولم يكن له حكم الابتداء لما صحت نيته ولنا ان الاصل ان مالا يمتد من الافعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء وما يمتد من الافعال يعطى لدوامه حكم الابتداء والدليل عليه قوله تعالى ولا تقعد بعد الذكرى اي لا يمكث قاعدا وقال عليه السلام لاتتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك والفارق بين الممتد وغير الممتد من الافعال صحة قران المدة به وعدم الصحة فكل فعل يصح قران المدة به فهو ممايمتد كالسكنى والركوب واللبس والنظر والقعود والقيام فانه يصح ان يقال سكن فى الدار يوما وركب يوما ولبس يوما ونظر الى فلان يوما وقعد يوما وقام يوما وكل فعل لا يصح قران المدة به فهو مما لايمتد كالدخول والخروج اذ لايصح ان يقال خرج يوما من الدار ودخل يوما فى الدار بمعنى ضرب المدة والتوقيت لان الدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل والخروج بعكسه ولم يوجد الانتقال من الخارج الى الداخل بعد يمينه وانما وجد المكث فيها وذا غير معتبر الدخول الا ترى انه يقال للقاعد اقعد هنا كما يقال لغيره ولا يقال للداخل ادخل هذه الداره

قوله ومن حلف لايسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث وهذا اذا كان الحالف متأهلا فان كان ممن يعوله غيره بان كان ابنا كبيرا يسكن مع ابيه او كانت امرأة حلفت لاتسكن هذه الدار فخرج بنفسه على نية عدم العود وخلف متاعه هناك لا يحنث وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله هذا اذا عقد يمينه بالعربية اما اذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحنث اذا خرج بنفسه وخلف اهله ومتاعه فيها كذا فى الفوائد الظهيرية

ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابوحنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع

ومتى كان الحالف ممنوعا وعقد يمينه بالعربية لو منع من الخروج ومنعوا متاعه ايضا واوثقوه ووجد باب الدار مغلقا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحنث بخلاف ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيد ومنع من الخروج حيث تطلق وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري لليلة منزلي فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور تطلق في الصحيح لان شرط الحنث هنا عدم الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللاكراه اثر في اعدام الفعل ثم شرط الحنث عدم الفعل وليس للاكراه اثر في ابطال العدم وفي الشافي ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او يمنع ذي سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث خلافا لزفر رحمه الله لان حالة الضرورة مستثناة وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا اوضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لم يحنث حتى يجد من ينقله ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه *

قوله ولو كان اليمين على المصر الى قوله لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والفارق العرف فان من يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وان كان اهله ونقله ببغداد بخلاف الدار والمحلة والبيت فان الكائن في السوق يقول اسكن محلة كذا او دار كذا او بيت كذا اذا كان اهله ونقله ثم وعند الشافعي رحمه الله اذا ركب وحده ولانه يعتبر الحقيقة في الايمان ولا يعتبر العادة بخلاف ... انما يعتبر الحقيقة ... ان خرجت من عكة وحلفت ...

حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فتبقى مابقي شي منه

دفيترات افا كون ساكنا بمكة وعند نابالعادة الظاهرة تترك الحقيقة لما عرف والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه ثم قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا بد من نقل كل المتاع لان السكنى قد ثبت بالكل فتبقى مابقي شيء منه وهذا المامرف من اصله ان الحكم اذا ثبت بعلة يبقى ببقاء جزء من العلة وان قل كما في العصير لا يتخمر ما بقي جزء من العصير وانما يصير خمرا اذا قذف بالزبد وكما قال الحكم في الزكوة يبقى ببقاء جزء من النصاب وان قل اذا كان طرفي الحول تاما وكما قال في دار الاسلام لا يصير دار الحرب ما بقي مسلم واحد آمنا بالامان الاول وقال بعض المشايخ انما يعتبر عندابي حنيفة رحمة الله تعالى نقل الكل مما يقصد به السكنى اما اذا لم ينقل ما لا يقصد به السكنى كالوتد والمكنسة وقطعة حصير برفي بمينه فان قيل قد ينتفي الشيء بانتفاء البعض كما ينتفي بانتفاء الكل كمجموع العشرة الدينار ومثله ولم ينتف السكنى ههنا بانتفاء البعض قلنا المجموع ينتفي بانتفاء البعض اذا كان المجموع من حيث الاجزاء كمجموع العشرة اما اذا كان من حيث الافراد لا ينتفي بانتفاء البعض كالرجال لا ينتفي بانتفاء البعض لان بعد ذلك ينتفي الرجال اما العشرة عشرة باعتبار اجزائها كما نقص منها شيء لا تبقى عشرة والسكنى من قبيل الافراد لانه يعد ساكنا باعتبار بقاء البعض فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا فصح الاخبار بسكنى مع ان ... هو نهارها في عامة اوقاته*

وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس والله تعالى اعلم وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر والفتوى على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه قالوا هذا الاختلاف في نقل الامتعة فاما الاهل فلا بد من نقلهم بلا خلاف كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** دليله في الزيادات كوفي انتقل باهله ومتاعه الى مكة ليستوطنها فلما دخلها وتوطن بها بدا له ان يعود الى خراسان فعاد ومر بالكوفة يصلي ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض توطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر كذا هنا وان كان في طلب مسكن آخر فترك الامتعة فيها اياما لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة طلب المنزل مستثنى بحكم العرف اذا لم يفرط في الطلب **قوله** كذا هذا قال الفقيه ابو الليث رحمه الله هذا اذا لم يسلم الدار المستاجرة الى صاحبها فان كان هو والمتاع في السكة او في المسجد والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث فى الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج

باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد وكذا الحكم فى البيت والدار ولكن وضع المسئلة فى المسجد حملا ليمينه على العادة **قوله** ولو اخرجه مكرها اي حمله انسان فاخرجه مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لم يأمره به ولو هدد فخرج بنفسه حنث لوجود الفعل منه وقيل لا يحنث وقيل ان امكنه الامتناع عن الخروج ومع هذا خرج حنث وان لم يمكنه لا **قوله** ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث فى الصحيح وقال بعضهم يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج ثم فيما لم يحنث هل تنحل اليمين الصحيح انه لا تنحل اليمين حتى لو حلف على الدخول فادخل مكرها ثم خرج ودخل مختارا حنث فى الصحيح وقيل ينحل فلا يحنث **قوله** والمضي بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانتقال من الباطن الى الظاهر وهو لم يوجد بعد الخروج الى ... الاتيان الى حاجة اخرى ... لا اتيان غير الخروج لان الاتيان عبارة عن الوصول ...

ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانتقال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا له ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال فان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل

قوله ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث ويشترط للحنث ان يجاوز عمران مصره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز عمران مصره لا يحنث وان كان على هذه النية **قوله** وقيل هو كالخروج وهو الاصح وقيل لا يحنث ما لم يدخلها كالاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون انه طغى فقولا له قولا لينا واذا بمعنى الاتيان ولنا ان الذهاب والخروج يستعملان استعمالا واحدا يقال ذهب الى مكة وخرج الى مكة بمعنى واحد قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس اي ليزيله عنكم فثبت ان الذهاب هو الزوال والانفصال لان الاذهاب افعال من الذهاب والاذهاب الازالة وكونه ازالة لا يفتقر الى وصول الزائل الى محل آخر فكذا الذهاب الذي هو الزوال لا يشترط فيه الوصول وهذا الاختلاف فيما اذا لم تكن له نية فان نوى الخروج والاتيان فعلى ما نوى لانه يحتمل كل واحد منهما وفي الاتيان لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه يحنث قصدا ولم يقصد

لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وماوراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه

قوله لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان التقدير لا يخرج امرأته خروجه الاخروجا ملصقا باذني فيكون ماوراء الخروج المقرون بالاذن باقيا تحت الحظر العام لم يحنث اذاوجد الخروج لاعن اذن لوجود شرط الحنث كقوله ان خرجت من الدار الا بملحفة فانت طالق فخرجت بملحفة لم تطلق ولم يسقط الحظر حتى لوخرجت بلاملحفة تطلق **قوله** ولونوى الاذن مرة يصدق ديانة لاقضاء لانه محتمل كلامه لان الاستثناء يحتمل الغاية لكنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف ولوقال الاان آذن لك ينتهي اليمين بالاذن مرة كما اذا قال حتى ان آذن ملك وان نوى التعدد صدق لانه نوى الاستثناء من الغاية وبينهما مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية يخالف ماقبلهما فان قيل يشكل على هذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فهناك بالاذن مرة لا يسقط حرمة الدخول بل الاذن يحتاج اليه في كل مرة مع انه مذكور بكلمة الا ان قلنا حرمة الدخول في بيت النبي عليه الصلوة والسلام مايثبت بهذا النص بل الاصل حرمة الدخول في ملك الغير بغير اذنه الا ان هذا النص لاباحة الدخول بالاذن فبقي الدخول بغير الاذن على اصل الحرمة اونقول اشتراط الاذن هناك في كل مرة انما علم بآخر الآية وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي ومعنى الايذاء موجود في كل ساعة فشرط الاذن في كل مرة

ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل تصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج

قوله ويطلق الاسم اي اسم الاستطاعة على سلامة الآلات وصحة الاسباب وارتفاع الموانع في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه لان مطلق الكلام يحمل على المتعارف قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسرها رسول الله عليه السلام بملك الزاد والراحلة وقال الله تعالى واحد والهم ما استطعتم والمراد ما قلنا وان نوى القدرة الحقيقية التي يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة له عند اهل السنة صدق ديانة لان ذا مما يقع عليه اسم الاستطاعة قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا فما استطاعوا ان يظهروه وما استطاعوا له نقبا الا انه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وفي رواية يصدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهذا بناء على انه اذا نوى حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفها صدق ديانة وقضاء وان كان يخالفها ففي تصديقه قضاء روايتان واذا نوى ما قلنا لم يحنث بحال لان تلك القدرة لا تسبق الفعل وانما يعرف وجودها بوجود الفعل فمتى لم يكن له استطاعة وانما سمي استطاعة القضاء لان ذلك الفعل يوجد بايجاد الله تعالى وقضائه فانه تعالى اذا قضى بوجود ذلك الفعل اوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل ولو لم توجد تلك القدرة لم يوجد ذلك الفعل فكانت تلك القدرة اي الاستطاعة استطاعة القضاء

وهذه تسمى يمين فور و تفرد ابوحنيفة رحمه الله تعالى باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الردعن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله و تغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

قوله وهذه تسمى يمين فور اي يمين الحال وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته **قوله** وتفرد ابوحنيفة رح باظهاره ولم يسبقه احد فيه وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا او موقتة كلا يفعل كذا اليوم فخرج قسما ثالثا وهي المطلقة لفظا والموقتة معنى وانما اخذ هامن حديث جابر بن عبد الله وابيه حين دعيا الى نصرة انسان فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا ووجهه ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الخرجة والضربة عرفا فيتقيد بذلك لان المطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم وذكر في الفوائد الظهيرية يمين الفور مأخوذ من فوران القدر فسميت هي بهذا الاسم اعتبار فوران الغضب **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان في المبسوط ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب حمارا او فرسا او برذونا او بغلا حنث وكذلك ان ركب غيرها من الدواب في القياس كالبعير والفيل لان اسم الدابة يتناوله حقيقة وحكما لان الدابة ما يدب على الارض وقد قصد بمنعه نفسه عن فعل الركوب فيتناول ما يركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير وقد تأيد ذلك بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ثم ما ذكر

قلنا

الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق اولم يكن عليه دين لا يحنث مالم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رح في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما والله اعلم بالصواب ٭

منه الركوب في هذه الانواع الثلثة وبان كان يركب الفيل والبعير في بعض الاوقات فذلك لا يدل على ان اليمين تناوله الا ترى ان البقر والجاموس يركب ايضا في بعض المواضع ثم لا يفهم من قول القائل يركب فلان دابة البقر الا ان ينوي جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه وان عنى الخيل وحدها لم يدين في الحكم لانه نوى التخصيص في لفظ العام ولو قال لا اركب ونوى الخيل وحدها لم يدين لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان في لفظه فعل الركوب دون المركب ونية التخصيص تصح في الملفوظ لا فيما لا لفظ له ٭ **قوله** الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى الا هنا بمعنى لكن لما قال لم يحنث مطلقا استدرك فبين الاحوال التي لا يحنث فيها فعلم منه انه يحنث في بعض الاحوال فقال اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى واذا كان الدين غير مستغرق اولم يكن عليه دين لا يحنث مالم ينوه فعلم من هذا انه اذا لم يكن عليه دين اوكان غير مستغرق يحنث اذا نوى اونقول الا هنا على معناه لانه لما قال لم يحنث مطلقا استثنى ما يحنث فيه فكانه قال اذا لم يكن عليه دين اوكان غير مستغرق فحينئذ يحنث اذا نوى **قوله** وقال ابو يوسف رح يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين اوكان عليه دين مستغرق او غير مستغرق يحنث اذا نوى وقال محمد رحمه الله يحنث في الوجوه كلها نوى اولم ينو والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فتنصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا تنصرف اليمين الى ما يتخذ منه

باب اليمين في الاكل والشرب

الاكل ايصال الشيء الى جوفه بفيه مهشوما او غير مهشوم ممضوغا او غير ممضوغ مما يتأتى فيه المضغ والهشم والشرب ايصال الشيء الى جوفه بفيه مما لا يتأتى فيه المضغ والهشم في حال ايصاله والذوق معرفة الشيء بفيه من غير ادخال عينه الا ترى ان الاكل والشرب مفطر لا الذوق ولو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فجعل يمضغه ويرمي بثفله ويبتلع ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب لان هذا يسمى مصا ولا يسمى اكلا ولا شربا ولو حلف ان لا يأكل هذا اللبن فشربه لا يحنث وانما يحنث اذا ثرد فيه ولو حلف ان لا يشرب فثرد فيه فاكله لا يحنث قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية فان كانت بالفارسية فاكل او شرب كان حانثا وعليه الفتوى ٭

قوله لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان بالصنعة يصير شيئا آخر والدليل عليه قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم عطف ما يعمل على الثمر والعطف دليل المغايرة **قوله** والدبس المطبوخ قيد بالمطبوخ لانه يحنث [illegible]

بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلا يعتبر الداعي داعيا في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكل بعدما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا

الذي يسيل من الرطب وفي الذخيرة اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئا فاكل من ثمرها او طلعها او بسرها او دبسها حنث ثم قال واراد بالدبس ما يسيل من الرطب اذا اتخذ من الدبس ناطفا او نبيذا لا يحنث في يمينه لان يمينه انصرف الى ما يخرج من النخلة والنبيذ والناطف لم يخرجا من النخل كذلك ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئا فاكل من عنبه او زبيبه او عصيره حنث في يمينه لان هذه الاشياء خارجة من الكرم اما العنب والزبيب فظاهر واما العصير فلانه ماء العنب ولو اكل من خله لا يحنث لانه ليس بخارج منه بهذه الصفة الشيرازهو اللبن الرائب الخاثر اذا استخرج منه ماؤه حتى صار الصقر لاط كالفالوذج الخاثر

قوله بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي ولو حلف لا يكلم صبيا يتقيد بالصبي وان كان حراما مهجورا شرعا لانه صار مقصودا بالحلف لكونه هو المعرف للمحلوف عليه فيجب تقييد اليمين به وان كان حراما كمن حلف ليشربن اليوم خمرا وليسرقن الليلة يتقيد اليمين وان كان حراما لصيرورة الشرب والسرقة مقصودين باليمين فيحنث ان لم يشرب ولم يسرق كذا هنا د

فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب مايكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود فى الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا اولا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير اواكلها يحنث فى الاكل دون الشراء لماقلنا ولو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما فى القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولادم فيه لسكونه فى الماء ٭

قوله فصار كما اذا كان اليمين على الشرى بان حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا اولا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب اولا يشتري شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لم يحنث **قوله** فيكون آكله آكل البسر والرطب ولهذا لوميزه فاكله يحنث اجماعا فكذا اذا اكله مع غيره فان قيل لو حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب لا يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة قلنا اللبن بانصباب الماء فيه يشيع في جميع اجزاء الماء فيصير مستهلكا حتى لا يرى مكانه وهنا يرى مكانه وكان قائما زمان التناول فان قيل الحنث يكون بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يصير مستهلكا ولا يرى مكانه الا ترى انه لو حلف لا يأكل حنطة اكل شعيرا فيها حبات حنطة ان اكل حبة حبة حنث وان جمع بين الحبات من النوعين فى الاكل لا يحنث لانها تصير مستهلكة عنده ٭

وان اكل لحم خنزير اولحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا اوكرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لايحنث لانه لا يعد لحما ولوحلف لا ياكل اولايشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث في شحم الظهر ايضاوهواللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهوالذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا تراه انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولايحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولوحلف لا يشتري اولا ياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل هذه

قلنا نعم كذلك ولكن معنى الاستهلاك ثمه اوضح لانه حينئذ لا يجد من طعم الحنطة شيئا في حلقه بخلاف ما لو اكل بسرامذنبا اورطبا مذنبا لانه يجد في حلقه شيئا من حموضة البسر وحلاوة الرطب وقيل الجواب فيهما واحد‌‌‌‌. **قوله** وان اكل لحم خنزير اولحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة والصحيح انه لا يحنث بلحم الخنزير والادمي لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف وذكر الزاهد العتابي انه لا يحنث وعليه الفتوى **قوله** وقالا يحنث في شحم الظهر وذكر الطحاوي قول محمد رحمة الله تعالى عليه مثل قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ان شحم الظهر يذاب ويصلح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن الا ترى ان الله تعالى استثنى شحم الظهر من الشحوم حيث قال ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما

الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث [illegible] رحمه الله

[illegible]

او الحوايا اوما اختلط بعظم وحقيقة الاستثناء ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن واتفقوا على انه يحنث في شحم البطن والثلثة على الاختلاف وله انه لا يطلق اسم الشحم على اللحم السمين ولهذا لو حلف لا يأكل لحما فاكل شحما يحنث وكيف يكون شحما مع كونه لحما ويقال له اللحم السمين بالعربية وبالفارسية فربهى لا پيه واما الاستثناء فهو منقطع بدليل استثناء الحوايا فان قيل المراد ما حملته الحوايا من الشحم قلنا ذاك اضمار وهو خلاف الاصل والانقطاع في الاستثناء وان كان خلاف الاصل لكنه يثبت اذا دل الدليل وقد دل الدليل ههنا وهو قوله او ما اختلط بعظم لان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم وقيل لو كانت يمينه على الشراء لا يحنث بشحم الظهر اتفاقا لان الشراء لا يتم بالبائع وبائع شحم الظهر يسمى لحاما لا شحاما بخلاف الاكل عندهما لان الاكل يتم بالاكل وحده وشحم الظهر شحم عندهما وبان لا يحنث في فصل الشراء لا يدل على انه ليس بشحم عندهما فقد اكل الشحم فيحنث الا ترى ان من حلف لا يشتري طعاما فاشترى لحما لم يحنث لان بائعه يسمى لحاما ولو حلف لا يأكل طعاما يحنث باكل اللحم لان الاكل يتم بالاكل وحده ومن حلف لا يشتري حديدا فاشترى درعا من حديد لا يحنث لان بائعه يسمى زرادا لا حدادا ولو حلف لا يمس حديدا فمس درعا حنث لان المس يتم به وحده وقيل فصل الشراء على الخلاف وهو اختيار صاحب الهداية رحمه الله حيث جمع بين الاكل والشراء وذكر فيه الخلاف واختلف المشايخ في تعين محل الخلاف قال بعضهم الخلاف في اللحم السمين على الظهر فاي هذا كلام ابي حنيفة رحمه الله اظهره

وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا لابي حنيفة رح ان له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوي من بيض او غيره لمكان الحقيقة

قوله وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا يقال اهل بلدة كذا يأكلون الحنطة والمراد باطن الحنطة وذا عام يتناول عينها وما يتخذ منها فوجب العمل لعموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول حافيا ومتنعلا وراكبا وراجلا لانه مجاز عن الدخول ومحمد رح مر على اصله في السويق المتخذ منه لانه اكل المتخذ منه وابو يوسف رح خالف اصله لان حلفه انما يقع على المتخذ منه عرفا ولا عرف في السويق والجواب لابي حنيفة رح عن قولهما ان التعارف في الحنطة المطلقة لا في هذه الحنطة فعلى هذا اذا حلف لا يأكل حنطة يجب ان لا يحنث باكل الحنطة عندهم جميعا كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رح **قوله** ولو استفه كما هو لم يحنث وقيل يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة ولو عني اكل الدقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز لانه حقيقة كلامه

وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكنس وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر وان حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح حنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها

قوله وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم اي بالماء واما القلية اليابسة فلا يسمى مطبوخا وهذا استحسان والقياس ان يحنث في اللحم وغيره مما هو مطبوخ ولكن الاخذ بالقياس متعذر حيث ينسد عليه باب المطعومات والمسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم انه لو لم يرد به ذلك فحملناه على خاص وهو متعارف وهو اللحم لانه الذي يطبخ في العادات الظاهرة ويتخذه يسمى طباخا فاما من طبخ الآخر فلا يسمى طباخا **قوله** والرطب واليابس فيه سواء

فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل اومن الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابو يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى

يعني ان ما كان فاكهة لافرق بين رطبه ويابسه بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ لان التفكه به غير معتاد ه

قوله فاوجب قصورا في معنى التفكه وهذا لان الفاكهة اسم لما يكون تبعا فما يكون اصلا من وجه من حيث انه يصلح للغذاء والدواء لايتناوله اسم الفاكهة لان جهة الاصالة فيها وجب قصورا في تبعيته فلا يتناوله اسم التبع كما لا يتناول اسم الشحم اللحم السمين وكما لا يتناوله اسم المبني عن كمال معناه الفا صركا للحم لا يتناول السمك والمملوك لا يتناول المكاتب **قوله** ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان اومن الاقوات كيابس العنب يريد به ان يابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فاليابس في زمن ابي حنيفة رحمه الله كانوا لا يتفكهون بها وفي زمنهما يتفكهون فافتى كل بحسب ماشاهد في زمانه وفى المحيط العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة فى العرف يدخل تحت اليمين ومالا فلا **قوله** ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام ولفظ اصطبغ به على البناء للمفعول وفى المغرب الصبغ ما يصبغ به ومنه الصبغ من الادام لان الخبز يغمس فيه ويلون به كالخل والزيت ويقال اصطبغ الخبز بالخل

لان الادام من الموادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا *

قوله لان الادام من الموادمة وهي الموافقة قال صلى الله عليه وسلم لمغيرة بن شعبة رضي الله عنه حين خطب امرأة ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي يوافق **قوله** كاللحم والبيض ونحوه كالجبن والسمك **قوله** والتبعية في الاختلاط حقيقة يعني التبعية حقيقة في الاختلاط ليكون قائما فيه والتبعية حكما في ان لا يؤكل وحده واللبن لا يتاتى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شربا لا اكلا وكذا الخل ونحوه من المائعات واما العنب والطبيخ قيل على الاختلاف وذكر الامام السرخسي رحمه الله انه ليس بادام بالاجماع وهو الصحيح والبقل ليس بادام بالاجماع لان آكله لا يسمى مؤتدما **قوله** فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر وهذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم اكله وكذلك العشاء بالفتح والمد اسم لطعام العشي كذا في المغرب *

ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر وينطلق على مايقرب منه ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع

ومن قال ان لبست اواكلت اوشربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيه

قوله ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء روي ان النبي عليه السلام انصرف من احدى صلوتي العشاء على ركعتين اما الظهر او العصر فسمى الراوي هاتين الصلوتين صلوتي العشاء **قوله** وينطلق على مايقرب منه السحور ماخوذ من السحر وانه اسم آخر الليل قبل طلوع الفجر فكان منتصف الليل قريبا من السحر فيطلق عليه اسم السحر **قوله** ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة حتى لو اكل لقمة اولقمتين لايحنث ومقدار الغداء والعشاء ان ياكل اكثر من نصف الشبع **قوله** وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم يعني ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضري لو حلف عليه ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية والتضحي مابين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الاكبر وروي عن محمد رحمه الله فيمن حلف لايكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير وكلمه لم يحنث لان وقت السحر ماقرب من الفجر وانتهت اليمين بدخول وقت السحر والمساء اسمان احدهما انه اذا زالت الشمس والآخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي فهذا على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثاني كذا في الايضاح •

هذا القول متعلق بالصفحة السابقة ٥١١

وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين فى القضاء خاصة لانه نكرة فى محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء ومن حلف لايشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم

قوله ومن قال ان لبست الى قوله لم يدين فى القضاء وغيره اي لا يصدق قضاء وديانة لان النية تعمل فى الملفوظ لانها لتعيين ما احتمله اللفظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ وانما ثبت مقتضى ولا عموم للمقتضي عندنا فلم يحتمل التخصيص وعند الشافعي رحمه الله يصدق ديانة لان للمقتضي عموما عنده وعن ابي يوسف رحمه الله انه يصدق فيمابينه وبين الله وبه اخذ الخصاف رحمه الله ولو قال ان خرجت ونوى السفر يصدق ديانة لتنوعه الى مديد وقصير فصح تعيينه احدهما ولو نوى مكة لايصدق قضاء وديانة ولو حلف لايساكن ونوى المساكنة في بيت واحد يصدق لانه نوى اتم مايكون من المساكنة فان اعم ما يكون من المساكنة في بلده والمطلق من المساكنة فى العرف في دار واحدة واتم مايكون من المساكنة في بيت واحد فهذه النية ايضا برجع الى نوع المساكنة الثابتة بصيغة كلامه والاصل فيه عندنا انه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص في المفعول كنية التخصيص فى الملبوس والمطعوم والمشروب في مسئلة الكتاب لاتصح نيته وكذا لو نوى تخصيص الحال بان يقول لرجل وهو قائم والله لا اكلمه ونوى حالة قيامه لا تصح الا ان يقول في يمينه لا اكلم هذا الرجل القائم وكذا لو نوى تخصيص الصفة بان يقول لا اتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لغت نيته ولو نوى عجمية او حبشية عملت نيته فيمابينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في الجنس وذلك في لفظه كذا في المبسوط

قوله حتى يكرع منها الكرع تناول الماء بالفم من موضعه يقال كرع الرجل فى الماء

وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقة في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط

في الاناء اذا ادخلت نحوه ليشربه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه اكارعه

قوله وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقة في الكرع اي حقيقة في ان يضع فاه على بعض الدجلة وفي الكرع ذلك اولا بتداء الغاية وذلك في ان يكون ابتداء شربه من دجلة والحقيقة مستعملة عرفا وشرعا اما عرفا فظاهر واما شرعا جاء في الحديث ان النبي صلعم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في الشن والا كرعنا وفي الوادي الحقيقة مراده هنا ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا فان قيل لانسلم ان الحنث في الكرع باعتبار الحقيقة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لايضع قدمه في دار فلان ولما كان كذلك وجب ان يحنث فيما اذا شربه بالاغتراف لما ان الحكم في عموم المجاز كذلك قلنا الكرع من الفرات مستعمل والحكم يترتب على الحقيقة دون المجاز اذا كانت مستعملة بخلاف قوله لا يضع قدمه الى دار فلان فان ذلك صار عبارة عن الدخول في العرف ولهذا لا يحنث بوضع القدم اذا لم يدخل والاختلاف فيما اذا حلف لا يشرب من دجلة نظير الاختلاف فيما اذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة **قوله** وهو الشرط اي كونه منسوبا الى دجلة بخلاف ما تقدم لان الشرط ثمه ان يكون ابتداء شربه من موضع يسمى دجلة او بعض دجلة ولو حلف لايشرب من هذا الكوز نصب الماء في كوز آخر فشرب منه لم يحنث لتبدل النسبة ولو حلف لايشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث

فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا

اجماعا اما عنده فلانه منصرف الى الكرع واما عندهما فلانه مثل الفرات في امساك الماء فتنقطع النسبة فخرج من عموم المجاز ولو حلف لايشرب من ماء الفرات فشرب من نهر آخر من الفرات حنث لان حلفه انعقد على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار *

قوله فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة هذا اذا كان النهر الذي يأخذ من دجلة صغيرا اما اذا كان كبيرا تنقطع النسبة من دجلة **قوله** ولو كانت اليمين مطلقة اي غير موقت بوقت وهو اليوم مثلا ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه يحنث في الحال وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان الماء موجودا في الكوز فاهريق يحنث في قولهم جميعا ه

فابو يوسف رحمة الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان فى المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه

قوله فابو يوسف رحمة الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت اي في تنجز الحنث وتأخره فقال فى المطلق تنجيز الحنث كما فرغ من اليمين وفى الموقت باليوم بتأخر الحنث الى آخر اليوم وهما ايضا فرقا فى الحنث وعدمه لكن في صورة واحدة وهو ما اذا كان الماء موجودا وقت اليمين ثم اهريق فقالا فى المطلق يحنث وفى الموقت باليوم لا يحنث وجه الفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى عليه ان فى اليمين المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين والتوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فان قيل التوقيت انما يكون للتوسعة ان لو وجب الفعل عليه فى الحال لولا ذكر الوقت وليس كذلك فان من عقد يمينه على الفعل مطلقا يجب عليه في آخر عمره كما في قوله لياتين البصرة فيكون التوقيت على هذا للتضييق لا للتوسعة قلنا انما ينتظر آخر العمر في فعل يرجي تحققه كما في قوله ليأتين البصرة وهذا بمعزل من ذلك لانه لا يرجى شرب الماء المعدوم فلا فائدة في الانتظار فيجب الفعل فى الحال ووجه الفرق لهما كذلك ان فى المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين ففوات المحلوف عليه بعد وجوب البر لا يمنع الحنث كما اذا مات الحالف والماء باق واما فى الموقت يجب البر فى الجزء الاخير من الوقت لما عرف ان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مضافا الى وقت تعين الجزء الاخير للزوم الفعل ولا يحنث بترك الفعل المحلوف عليه قبل ذلك لان الوقت صار ظرفا له لا معيارا فيلزم في جزء من ذلك الوقت ويتعين آخره كصلوة الظهر في وقت

كما اذا مات الرجل والماء باق امافي الموقت يجب البرفي الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء اوليقلبن هذا الحجر ذهبا

الظهر يتعين آخر الوقت وكذا اذا هلك المحلوف عليه قبل آخر الوقت لايحنث في الحال بالاجماع ايضا وانما الخلاف في الحنث بعد مضي الوقت عندابي يوسف رح يحنث وعندهما لايحنث واذا ثبت ان البر يجب في آخر الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لاراقة الماء قبل ذلك فلايجب البر ويبطل اليمين فان قيل ينبغي ان يبقى اليمين ولايبطل لان اعادة ذلك الماء مقدور وعقد اليمين ابتداء على تلك القدرة جائز كما اذا حلف ليقلبن هذا الحجر ذهبا فاولى ان يبقى المعقود على تلك القدرة قلنا ابتداء اليمين انعقدت في الكوز على الممكن في الظاهر وعند الاراقة مابقي ذلك الممكن ممكنا فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت امافي مسئلة الحجر اليمين انعقدت ابتداء على القدرة في الجملة لاعلى الامكان الظاهر

قوله كما اذا مات الحالف يعني اذا مات الحالف قبل تحقيق البر فانه يحنث وتجب الكفارة خلفا عن البر بحكم العجز الثابت عادة وان كان البر متصورا باعادة الحيوة فكذا هنا بعد الفراغ عن اليمين وجب ان يحنث بالعجز الثابت عادة وتجب الكفارة وان كان البر متصورا باعادة الماء فان قيل العجز من حيث العادة عقيب اليمين لما كانت ترفع اليمين فالعجز المقارن لليمين اولى ان يمنعها من الانعقاد لان المنع اسهل من الرفع قلنا لما تغاير العجزان جاز ان يكون الطارئ رافعا والمقارن غير مانع كالشيخ الفاني عجزه عن الصوم لايمنع وجوب الصوم عليه ثم عجزه يرفع الواجب حتى ينتقل الى الفداء وكذا لوتزوج امة بغير اذن مولاها انعقد النكاح ولا يكون حق المولى مانعا انه من بقاء الانعقاد فاذا اشتراها

انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رحمه الله لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى

من يحل له وطئها يصير حق المشتري رانما لذلك العقد ولا تعمل الا جازة لما عرف ان الحل البات اذا طرء على حل موقوف ابطله فان قيل اذا حلف ليقتلن فلانا وهو عالم بموته تنعقد يمينه على حيوة تحدث فيه باحداث الله تعالى ثم لا تنعقد اليمين في المسئلة الكوز على ماء تخلق الله تعالى في الكوز بعد اليمين قلنا ان الله تعالى لو خلق الماء في الكوز لم يكن هذا الماء محلوفا عليه اذ المحلوف عليه هو الماء الذي في هذا الكوز وقت اليمين بخلاف مسئلة القتل فان الله تعالى لو خلق الحيوة في الميت الفلاني كان فلانا بعينه فلهذا لا فرق في مسئلة الكوز بعد ان يكون عالما بعدم الماء في الكوز او لم يكن عالما وقت اليمين في الصحيح من الجواب فان قيل هلا قدر اليمين كانه قال لاشربن الماء الذي في هذا الكوز ان خلق فيه الماء كما في مسئلة القتل ان كان عالما بموته قلنا قوله لا شربن الماء الذي في هذا الكوز عبارة عن الموجود كانه اشار والا شارة الى المعدوم لا تصح واذا كان هذا عبارة عن الموجود يعتبر بما لو نص عليه ولو نص عليه وقال لاشربن الماء الموجود في هذا الكوز ان خلق لا يستقيم ويكون وصفا منه للشيء الواحد بالوجود والعدم فلا يثبت اقتضاء فاما في مسئلة القتل لو نص عليه وقال لا قتلن فلانا ان عادت اليه الحيوة كان مستقيما فامكن اثباته اقتضاء *

قوله انعقدت يمينه وحنث عقيبها هذا اذا حلف مطلقا واما اذا وقت اليمين لم يحنث مالم يمض ذلك الوقت **قوله** الا ترى ان الملائكة يصعدونه وكذا الجن قال الله تعالى وانا لمسنا السماء فلما كانت السماء عينا لموسة بمحلوف كان المس متصورا لمحلوف آخر لا مستحيلا لان

واذا كان متصورا تنعقد اليمين موجبا لحلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي فى الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد والله تعالى اعلم بالصواب ٥

باب اليمين فى الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه

مستحيل الوجود في نفسه لا يختلف بين محلوف ومحلوف له فكان مستحيل الوجود في حق الكل كاستحالة الجمع بين الحركة والسكون وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى كما يحكى عن بعض الاخيار ٥

قوله واذا كان متصورا تنعقد اليمين وذلك لان الايجاب من العبد معتبر بالايجاب من الله تعالى واليمين جهة في ايجاب البر والايجاب من الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له حلف الا ترى ان الصوم واجب على الشيخ الفاني وان لم يكن له قدرة لمكان التصور والحلف فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم كذا في الفوائد الظهيرية والله تعالى اعلم بالصواب ٥

باب اليمين في الكلام

قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث اعلم ان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر

فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشائخنا رحمهم الله لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لايكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن

باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المودي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع يسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وذكر في الذخيرة لا يحنث حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها فان كان موصولا لم يحنث نحو ان يقول ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين وكذلك اذا قال واذهبي الا ان يريد بهذا كلاما مستأنفا فعلى هذا لو قال الرجل لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدي حر فالتقيا وسلم كل واحد منهما صاحبه معا لم يحنث الحالف فيه لان شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداءة والبداءة بالسبق والحالف ان كلمه بالسلام الا انه لم يسبقه وسقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنث ابدا بحكم هذه اليمين لوقوع الياس عن كلامه بصفة البداءة لان كل كلام يوجد بعد هذا من الحالف انما يوجد بعد كلام المحلوف عليه رعن هذه المسئلة قلنا ان الرجل اذا قال لامرأته ان ابتدأتك بكلام فانت طالق وقالت المرأة له ان ابتدأتك بكلام فجاريتي حرة ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث في يمينه لان المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت ان ابتدأتك بكلام فلا يكون الزوج مبتدئا لها ثم المرأة بتكلمها لا تحنث في يمينها ايضا لانها ما ابتدأت بكلام *

قوله فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهمه لتغافله فان هناك يحنث لانه اوقع

وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رحمه الله [redacted] هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضاء قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على مامر

وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لولم يذكر الشهر تتابد اليمين وذكر الشهر لاخراج ماوراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لا صومن شهرا لانه لولم يذكر الشهر لا تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعين اليه

صوته في اذنه وان لم يفهم لتغافله اي لغفلته فيحنث الا ترى انه لو ناداه وهو بعيد يسمى هاذيا ولوناداه وهو قريب يسمى مناديا كذا في المبسوط

قوله وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع فان قيل يشكل بما اذا اذن لعبده وهو لا يعلم صار ماذونا عند ابي حنيفة رحمه الله قلنا ان العبد كان من اهل التصرف بالادمية الا انه كان محجورا لحق المولى فاذا اذن المولى فقد ارتفع المانع وارتفاع المانع لا يتوقف على سماعه وعلمه واما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلابد من الاعلام بذلك **قوله** وانه يتم بالاذن كالرضاء يعني اذا حلف لا تكلمه الا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما ان الرضا يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالاذن **قوله** ولا كذلك الاذن على مامر وهو قوله لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام ولا يتحقق ذلك الا بالسماع **قوله** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف الى قوله عملا بدلالة حاله وهو الغيظ الذي لحقه في الحال لان الحامل على اليمين غيظ لحقه منه في الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه في الحال **قوله** لانه لولم يذكر الشهر لا تتابد اليمين اما لان قوله لاصومن اثباتي بخلاف قوله لا يكلمه فانه عدمي والعدمي يستغرق بخلاف الاثباتي الا ترى انه كيف استغرق النهي في قوله لا يفعل ولم يستغرق الامر في قوله افعل واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح ان تكون محلا للصوم بخلاف

وان حلف لا يتكلم فقرء القرآن في صلوته لا يحنث وان قرء في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لانه كلام حقيقة ولنا انه

الامتناع عن الكلام فان الاوقات كلها سواء في حقه فكان ذكر الشهر لتقدير الصوم به وانه منكر ولم يتعين الشهر الذي يلي اليمين وبمثله ان تركت الصوم شهرا يتعين الشهر الذي يليه ولو قال صوم شهر لا يتعين لان في الاول ادخل اللام فيه فاقتضى صوم العمر فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه من اليمن وفي الثاني اضاف الصوم الى الشهر فصار الشهر لتقدير الصوم كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله فان قيل يشكل بما اذا قال امرك بيدك شهرا فانه يتعين الذي يليه وان كان لا يتأبد اذا لم يذكر الشهر قلنا قوله امرك بيدك موجبه تفويض الطلاق اليها في الساعة ويقتصر على المجلس فذكر الشهر فيه لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر فتعين الشهر اذ لو لم يتعين لا يكون لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر بخلاف فصل الصوم فان قوله والله لا صومن لا يتعين فيه الساعة ولا يقتصر على المجلس فافترقا ۔

قوله وان حلف لا يتكلم فقرء القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث لانه متكلم بكلام الله تعالى **قوله** وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اي لا يحنث بها في الصلوة ويحنث بها خارج الصلوة وقال الفقيه ابو الليث رح ان عقد يمينه بالفارسية لا يحنث بالقراءة والتسبيح خارج الصلوة ايضا لعرف فانه يسمى قارئا مسبحا لا متكلما وعليه الفتوى وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده رح لا يحنث خارج الصلوة اذا قرأ او سبح او هلل لانصراف يمينه الى كلام الناس والقياس ان يحنث في الوجوه كلها لانه كلام حقيقة باعتبار انه معنى ينافي السكوت والآفة والطفولة والخرس والقرآن كلام الله قال الله

في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره

تعالى حتى يسمع كلام الله فالتكلم به له حكم التكلم وكذا التسبيح والتهليل كلام ايضا قال عليه السلام ان الله تعالى اختار من الكلام اربعا من القرآن وليس بقرآن سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر

قوله في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا اما عرفا فظاهر واما شرعا فلان الشرع لم يجعل القارئ في الصلوة متكلما حيث قال لا يصلح فيها شيء من كلام الناس والقراءة مشروعة فلا تكون كلاما **قوله** لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت اعلم ان لفظ اليوم يطلق على بياض النهار بطريق الحقيقة اتفاقا وعلى مطلق الوقت بطريق الحقيقة عند البعض فيصير مشتركا وبطريق المجاز عند الاكثر وهو الصحيح لان حمل الكلام على المجاز اولى من حمله على الاشتراك عند تعارض المجاز والاشتراك لان المجاز في الكلام اكثر فيحمل على الاغلب ثم لا شك انه ظرف فان كان مظروفه مما يمتد وهو ما يصح فيه ضرب المدة اي يصح تقديره بمدة كاللبس والمساكنة والركوب ونحوها فانه يصح ان يقدر بزمان يقال لبست هذا الثوب يوما وركبت هذه الدابة يوما وساكنته في داره مدة شهر ايحمل على بياض النهار لانه يصلح معيارا له فكان الحمل عليه اولى وان كان مظروفه مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم اذ لا يصح تقديره هذه الافعال بزمان يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب واختلف

والكلام لايمتد وان عني النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه لايدين في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة

عبارة المشايخ رحمهم الله في قوله اذا قرن بفعل لايمتد ذكر بعضهم ان الفعل المقرون به هو الذي تنصب به اليوم كالامر باليد في قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان فانه مما يمتد فلهذا اختص ببياض النهار وذكر بعضهم ان الفعل المقرون به هو الذي اضيف اليه اليوم كما في قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق حيث قال والكلام مما لايمتد فحمل على مطلق الوقت وكذا قوله يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان التزوج مما لايمتد جعل الفعل المقرون به التزوج والمسائل في الجامع الصغير وغيره لكن هذا تسامح في العبارة لما لم يختلف الجواب فيما اذا كان المضاف اليه مما لا يمتد وكذا الجزاء كالطلاق والحرية تسامحوا في ذلك فجعلوا الفعل المقرون به هو المضاف اليه اما فيما اذا كان المضاف اليه غير ممتد كالقدوم والجزاء ممتد كالامر باليد في قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان اعتبروا الجزاء وحملوه على بياض النهار آخذا بالتحقيق فظهر من هذا ان المراد بالفعل المقرون به هو الجزاء لا المضاف اليه

قوله والكلام لايمتد فان قيل الكلام يمتد ولهذا يقبل التوقيت فيقال كلمت الى المساء كما يقال لبست يوما قلنا الكلام عرض والعرض لا يقبل الامتداد لذاته وانما جعل ممتدا بتجدد امثاله كالضرب والجلوس والركوب وغير ذلك الا ان استدامة الركوب وامثاله في المرة الثانية مثل الاولى من كل وجه فجعل كالعين الممتد اما الكلام الثاني لايكون مثل الاول من كل وجه اذ يكون بعضه خبرا وبعضه امرا وبعضه نهيا فلم يمكن القول فيه بتجدد الامثال

وماجاء استعماله في مطلق الوقت ولوقال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان اوقال حتى يقدم فلان اوقال الا ان يأذن فلان اوحتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم اوالاذن حنث ولوكلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقط اليمين خلافا لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه

قوله وما جاء استعماله في مطلق الوقت اي المذكور بعبارة الفرد اما اذا ذكر بلفظ الجمع فلا يختص بسواد الليل كما في قول الشاعر (شعر)

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ليالي لا قينا الجذيم وحميرا

والمراد به الوقت **قوله** لانه غاية اما في كلمة حتى فظاهر لانها للغاية قال الله تعالى هي حتى مطلع الفجر وكذا الا ان قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث الى ان قال الا ان تغمضوا فيه معناه والله اعلم حتى تغمضوا فيه وكذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فان قيل كلمة الا ان للشرط بدليل انه لوقال انت طالق الا ان يقدم فلان فهو بمنزلة قوله ان لم يقدم فلان قلنا هي للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمل التأقيت حتى لو قال لها انت طالق شهرا اينا بد وهذا لان كلمة الا للاستثناء حقيقة وبينه وبين الغاية مناسبة من حيث ان حكم كلمة ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعدها كما ان حكم ماقبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده فان تعذر حمله على الاستثناء ينظر ان دخل على ما يتوقت حمل على الغاية كما في مسئلة الكتاب وان دخل على ما لا يتوقت كالطلاق حمل على الشرط لان بين الشرط والاستثناء مناسبة ايضا من حيث ان حكم ما قبل الشرط يخالف حكم ما بعده الا ان مناسبة الغاية اكثر لان في الاستثناء حكم الكلام ثابت في المستثنى منه في الحال وكذا حكم الكلام ثابت في المغيا قبل وجود الغاية اما

لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه اوامرأة فلان اوصديق فلان فباع فلان عبده اوبانت منه امرأته اوعادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك اواضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذه في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رحمه الله تعالى يحنث كالمرأة والصديق قاله فى الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلايشترط دوامها وتعلق الحكم بعينه كما فى الاشارة وجه ماذكر ههنا وهورواية الجامع الصغيرانه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه

فى الشرط لا حكم للكلام قبل وجود الشرط فلهذا لم يحمل على الشرط مالم يتعذر حمله على الغاية وانما جعل مجازا عن اشتراط عدم القدوم لمابين استثناء الشيء واشتراط عدمه من المشابهة فان الشيء اذا استثنى عن حكم فذلك الحكم لايثبت عند وجوده وانما يثبت عند عدمه فيجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم فيصيركانه قال انت طالق ان لم يقدم فلان وهذالانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على عدم الطلاق فصار عدمه علما على الوقوع ضرورة *

قوله لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم يعني الممنوع باليمين كلام ينتهي منعه بالاذن والقدوم له وبعد ما مات فلان لم يبق الكلام بهذه الصفة متصورا لوجود فسقطت اليمين كما في مسئلة الكوز *

ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق لم يعينه يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رح وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر رح ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي في اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادي لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادي لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان

قوله ولهذا لم يعينه اي بالاشارة لم يقل امرأة فلان هذه او صديق فلان هذا

قوله والداعي لمعني في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يعين اي لم يقل لا اكلم صديق فلان لان فلانا عدو لي بخلاف ما تقدم اي من مسئلة الدار والثوب والعبد لان الداعي لمعنى في المضاف اليه فيها ظاهر لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها ما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لخسته وسقوط منزلته الحق بالجمادات تباع في الاسواق كما يباع البهائم فلا يقصد بالهجران فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها فان قيل يحتمل ان يكون الهجران لاجل ذات الدار والدابة على ما قيل الشؤم في الثلث في الدار والمرأة والفرس قلنا ذاك احتمال لم يقترن به العرف والعادة لما ان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادي عادة لذواتها وما قلنا من هجران هذه الاعيان بسبب ملاكها مؤيد بالعرف فكان اولى

فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على مامر من قبل والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل

قال ومن حلف لايكلم حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى سبحانه هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لايقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد

قوله فصار كما اذا شار اليه اي قال لا اكلم صاحب الطيلسان هذا وان كلم المشتري لا يحنث لما بينا **قوله** وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب سؤال يرد على قوله اذ الصفة في الحاضر لغو بان يقال الصفة قد اعتبرت في الحاضر في قوله لا تأكل هذا الرطب حتى لا يحنث اذا اكله بعد ماصار تمرا فاجاب ان الصفة انما تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية الى اليمين وهذه الصفة غير داعية الى اليمين فلم تعتبر في الحاضر **قوله** على مامر اي مما اذا حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكله بعد ماصار شاة لم يحنث والله اعلم ٭

فصل

قوله ومن حلف لا يكلم فلانا حينا وزمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر وانما نوى المعرف والمنكر لان ستة اشهر لما صارت معهودة فيما انصرف التعريف الى المعهود **قوله** لان الحين يذكر ويراد به الزمان القليل قال الله تعالى حين تمسون وحين تصبحون اي ساعة تمسون وساعة تصبحون والمراد به وقت الصلوة

ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال مارأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على مانوى لانه نوى حقيقة كلامه

قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لاادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال مارأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وابو حنيفة رحمه الله توقف في تقديره لان اللغات لاتدرك قياسا

وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر والمراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى يؤتي اكلها كل حين باذن ربها وانه ستة اشهر من حين يخرج الطلع الى ان يدرك التمر فعند الاطلاق يحمل على الوسط من ذلك فان خير الامور اوساطها وانا نعلم انه لم يرد الساعة لان الغضبان لا يعزم على ترك الكلام ساعة ولا يحلف على ذلك ونعلم انه لم يرد به اربعين سنة لانه ان اراد ذلك يقول ابدا لانه بمنزلة الابد او يسكت‌ه

قوله ولو سكت عنه يتأبد اي لو سكت عن ذكر الحين وقال لا يكلم فلانا يكون على الابد فلما ذكر حينا مع ذلك وجب ان يستفاد منه معنى سوى المعنى الذي يستفاد عند عدم ذكره ليفيد ذكره وتلك الفائدة يجب ان لايكون الزمان اليسير ولا اربعين سنة لماذكرنا آنفا فتعين ما قلنا وهو ستة اشهر **قوله** وقال ابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لاادري ماالدهر اي في حكم التقدير لان الدهر مخالف للحين والزمان اذ معرفه يقع على الابد بخلاف الحين والزمان فلم يلحق بهما قياسا **قوله** وهذا الاختلاف

والعرف لم يعرف استمراره لا خلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو
على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف
لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا على ايام
الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على
اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف

في المنكر هو الصحيح قيد به لما روى بشر عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ان
المعرف والمنكر عنده سواء ٥

قوله والعرف لم يعرف استمراره جواب عن قولهما ان دهرا يستعمل استعمال
الحين والزمان لا خلاف في الاستعمال قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر
وقال عليه السلام لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر فكان مجملا والتوقف في المجمل
آية العلم والخوض بطريق القياس فيما طريقه التوقيف وهو اللغة والتقدير اماره
القصور وتأويل الحديث ان العرب كانوا يزعمون ان الدهر هو المهلك على
ما قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وكانوا يسبون الدهر فالنبي عليه السلام
قال لا تسبوا مهلك الخلق ومفنيهم فان الله تعالى هو المهلك الا انه مع هذا احتشم
وحفظ لسانه عن الكلام في الدهر وهذا من كمال الورع ونهاية الاحتياط وهو كما
روي ان النبي عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسأل
جبرئيل فسأل جبرئيل عليه السلام فقال لا ادري حتى اسأل ربي فصعد السماء
ثم نزل وقال سألت ربي عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير اهلها من
ان يكون اول الناس دخولا وآخرهم خروجا فعرفنا ان التوقف في مثل هذا
يكون من الكمال لا من النقصان ٥

فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه عشرة ايام

قوله فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة لان اسم الايام ينتهي بالعشرة اذا كان مقرونا بالعدد يقال ثمانية ايام وعشرة ايام فاذا جاوز العشرة لا يسمى اياما مقرونا بالعدد يقال احد عشر يوما ولا يقال احد عشر ايام فثبت ان معهود الايام عشرة وكذلك الجواب عنده في الجمع والسنين انه ينصرف الى العشرة لان العشرة معهود بلفظ الايام ونحوها لانها اكثر ما يطلق عليه صيغة الجمع فاذا دخل عليه لام التعريف تناول ما هو الاكثر حملا على الاستغراق وهذا لان الكل من الايام عشرة والاقل ثلثة والكل من الاقل بمنزلة العام من الخصوص والاصل في العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص يحمل على الكل ما لم يقم الدليل على الاقل فكان الصرف الى تعريف هذا المعهود اولى من الصرف الى تعريف الاسبوع فان الاسبوع ينتهي اياما باساميها والام انما دخلت على الايام فالصرف الى تعريفها في انفسها اولى فان قيل انما تنتهي الايام الى عشرة لغة اذا كانت مقرونة بالعدد لا مطلقة فان الله تعالى قال وتلك الايام نداولها بين الناس لا يراد بها العشرة فصار عليها والايام هنا ذكرت مطلقة عن العدد قلنا اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد وهو اسم لما زاد على العشرة عند الاطلاق لا عند الاقتران بالعدد والشيء متى كان اسما للشيء في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال ولان الزائد على العشرة ايام عند الاطلاق ويوم عند اقترانه بالعدد فلم يدخل تحت الايام التي هي اسم جنس من كل وجه فان قيل اذا حلف لا يتزوج النساء ولا يشتري العبيد لا ينصرف الى العشرة بل الى الواحد قلنا الفرق بين جميع الازمان وجميع الاعيان من وجهين احدهما

لانه اكثر مايتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان مازاد عليها تكرار وقيل لوكان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع والله تعالى اعلم بالصواب *

انه تعذر الصرف الى كل الجنس في جميع الاعيان فينصرف الى الادنى لامحالة بيانه ان معنى الجمع لوكان مرعيا في جميع الاعيان فالحنث فى الوجود مفتقر الى ذلك الفعل في كل فرد من افراد الازمان بدليل ان من حلف لايكلم فلانا عشرة ايام يحنث بكلامه في يوم منها ولوحلف لايشتري عشرة اثواب لم يحنث بشراء ثوب واحد والثاني ان في سائر جمع الاعيان لوبقي معنى الجمعية وصرف ذلك اللفظ الى عدد من الاعداد يبقى جمعا منكرا فيبطل حرف التعريف حينئذ بخلاف جمع الازمان لانه بتعين مايلي وقت الحلف من الزمان فلا يكون منكرا فامكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من كل وجه فانعدمت الضرورة الداعية الى سقوط اعتبار الجمعية ثم عندهما فى الجمع والسنين ينصرف الى العمر كله وفي قوله لايتزوج النساء لم ينصرف الى جميع نساء العالم لان المقصود من اليمين المنع من التزوج وذلك ليس في وسعه فلا يمنع نفسه عنه وهنا لوحمل على منع نفسه عن التكلم مدة عمره يحنث بكلام واحد فتفيد اليمين فائدته فافترقا *

قوله لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وهذا لانه لماذكر الكثرة تبين انه لم يرد به اقل الجمع وليس بعض الاعداد فوق الثلث باولى من البعض فيصرف الى المعهود بلفظ الايام وقيل لوكانت اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة اي اجماعا لانه يذكر فيها بلفظ الفرد يعني في الفارسية لاتتفاوت بين مافوق العشرة وما تحتها فانه يقال ده روز و يازده روز فلم ينصرف لفظ الجمع الى العشرة ولاكذلك العربية فالحاصل ان اباحنيفة رحمه الله تعالى انما صرف الايام الى العشرة باعتبار ان العشرة اقصى ماينطلق عليه اسم الجمع وقد عدم هذا في الفارسية والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به فى العرف ويعتبر ولدا فى الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان مطلق اسم الولد

باب اليمين فى العتق والطلاق

قوله عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمه الله انما قال وحده لانه لا يعتق ما ولد بعده

قوله وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت فتنحل اليمين وذلك لان الشرط فى اليمين ولادة مطلق الولد وقد وجدت وانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء اي تنحل اليمين وان لم ينزل الجزاء الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء لان الطلاق معلق بمطلق الدخول وقد وجد وصار هذا كما اذا كان المعلق به عتق عبد آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط انحلال اليمين ولادة ولد حي نظرا الى وصفه اياه بالحرية وبه فارق ما ذكر من النظائر لان الجزاء هناك ليس وصفا للشرط وفى الايضاح لو قال اول عبد يدخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت

تقيدبوصف الحيوة لانه قصداثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهرفي دفع تسلط الغير ولا يثبت في الميت فيتقيدبوصف الحيوة كما اذا قال اذاولدت ولداحيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لايصلح مقيدا واذا قال اول عبداشتريه نهوحرفا شتري عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فردفان اشترى عبدين معاثم آخرلم يعتق واحدمنهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق فى الثالث فانعدمت الاولية وان كان قال اول عبد اشتريه وحده فهوحرعتق الثالث لانه يرادبه التفرد في حالة الشراء

ثم حي عتق الحي ولم يذكرخلافا والصحيح انه بالاتفاق لان اسم العبد بعد الموت لا يبقى فى التحقيق لان الرق يبطل بالموت ٭

قوله تقيد بوصف الحيوة تصحيحا لكلام القائل اذ لولم يقيد بالحيوة صارلغوا فصار كما لوقال ان ضربت فلانايتقيد بضربه حيا تصحيحا للشرط اذ معنى الضرب وهو الايلام بعد الموت لا يتحقق بخلاف ما اذا كان الجزاء طلاقااو حرية ام الولد لانه لا يصلح مقيدا لانه مستغن عن حيوة الولد فبقي مطلقا فان قيل لوقال ان اشتريت عبدا فهوحرفاشترى عبد الغيره ثم اشترى عبد النفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه اياه بالحرية قلنا الذي اشتراه لغيره محل للاعتاق فانحلت اليمين اماالولدالميت فليس بمحل للاعتاق لانه بصفة الحيوة تصير محلا للحرية

قوله واذا قال اول عبد اشتريه وحده فهوحرفاشترى عبدين ثم عبداعتق الثالث ولوقال اول عبداشتريه وحده لايعتق الثالث والفرق ان وحده يقتضي الانفراد فى الفعل المقرون به ونفي مشاركة الغيرفي ذاك الفعل ولا يقتضى الانفراد في الذات والواحد يقتضي الانفراد في الذات ويوكداحدموجبي الاول الاترى انه يصح ان يقال في الدار رجل

لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه حتى

واحد وان كان معه امرأة لانه يقتضي الانفراد في ذاته وهو الرجولية لا في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار ولا يصح ان يقال وحده لانه يقتضي وصف التفرد للرجل في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار لا الانفراد في ذاته وهي الرجولية واذا ثبت هذا فقوله ملكه وحده يقتضي التفرد في الملك والعبد الثالث متصف بهذه الصفة فيعتق فصار كما لو قال اول عبد اسود املكه فهو حر فملك ابيضين ثم اسود عتق الاسود لتعلق العتق بعبد متصف بصفة التفرد في السواد والثالث متصف بهذه الصفة وقوله املكه وحده صفة للعبد فيقتضي التفرد في الذات ويؤكد احد موجبي الاولية فلم يتغير الحكم فيه وجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة معنى التفرد والتوحد فكان العتق متعلقا بعبد متصف بصفة التفرد في الذات والثالث ليس بهذه الصفة ه

قوله لان وحده للحال لغة فان قيل قال في الكتاب اول عبد املكه واحدا وجب ان لا يحتمل غير الحال وصارت نظير وحده قلنا لعل زيادة الالف وقع خطأ من بعض الكتاب لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلم يعتبر نصبه وجعل نعتا ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه وصف الاولية كما لو ملك معه ثوبا ونحوه فلو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصف كر لا يلزمه شيء لان النصف

يعتبر من جميع المال و قالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لاتثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في حرمان الارث و عدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه

مزاحم الكل فى المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف العبيد والثياب ٭

قوله يعتبر من جميع المال اي اذا كان الشراء وقت الصحة **قوله** فكان الشرط متحققا عند الموت وهذا لان الاخرية انما تثبت بعدم شراء آخر بعده و صار كانه قال ان لم اشتر عبدا آخر فالثاني حر ولو قال كذلك يعتق عند الموت فكذا هنا ولابي حنيفة رحمه الله ان الثاني آخر لكونه فرد الاحقا لايشاركه غيره من جنسه وانما تبطل عنه صفة الآخرية بشراء آخر بعده فاذا لم يشتر كان آخرا من وقت الشراء كما لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم فان استمر ثلثة ايام يحكم بوقوع الطلاق من حين حاضت و قولهما ان العتق يتعلق بعدم شراء آخر بعده قلنا كذلك لكن لم يجعل هذا شرطا لاصريحا ولا دلالة فلم يجعل شرطا بل علامة على ثبوت الحكم كاستمرار الدم فى الحيض فاذا وجدت العلامة ثبت الحكم سابقا على وجود العلامة على ماهو الحكم فى العلامة لانه لايوجد الحكم عنده فكانت العلامة شرطا لعلمنا بوجود الحكم وشرطه سابقا فكان الموت معرفا لوجود شرط الآخرية من زمان الشراء فيستند الحكم كما في مسئلة الحيض **قوله** وعلى هذا الخلاف تعلق الطلقات الثلث به فانه اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم امرأة

و يشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين

ودخل بها ثم مات تطلق من حين التزوج ولها مهر ونصف وعدتها بالحيض بلاحداد ولا ترث منه وعندهما يطلق في آخر حيوته ولها مهر واحد وعليها عدة الوفاة وترث منه وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة ٭

قوله ويشترط كونه سارا بالعرف وانما قيد بالعرف لان البشارة لغة اسم لخبر يغير بشرة الوجه من فرح او حزن قال الله تعالى فبشرهم بعذاب اليم فبشرناها باسحق وفي العرف اسم لخبر سار صادق غاب من المخبر علمه وهذا انما يتحقق من الاول لان الثاني اخبره بما كان معلوما له فلا يتغير بشرة وجهه عند سماعه بخلاف الخبر فان حقيقة الاخبار موجودة من كل واحد لان الخبر خبر وان كان عند المخبر علمه واصله ماروي ان النبي عليه السلام مر بابن مسعود رضي الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل الله تعالى فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة فسبق ابو بكر عمر رضي الله عنهما بها فكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول متى ذكر ذلك بشرني ابو بكر واخبرني عمر وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل حيث غيروا بشرة وجهه الاترى الى قوله تعالى فبشروه بغلام عليم حيث اضاف البشارة الى الجماعة فدل على تحقق البشارة من الجماعة

قوله لان الشرط قران النية اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين ولم توجد نية التكفير وقت يمينه لان الكلام فيه واما الملك عند الشراء فشرط العتق ولا اثر له في استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن نية

فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله تعالى لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق بهذه اليمين خلافا لزفر رحمه الله تعالى فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك

الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز كذا في المبسوط

قوله فاما الشراء فشرطه ولا يقال بان قوله فهو حر انما يصير علة عند الشراء اذ المعلق بالشرط يصير علة عند وجود الشرط فتحقق قران النية بعلة العتق لان الاهلية تشترط وقت اليمين لا عند وجود الشرط حتى لو جن بعد اليمين ووجد الشرط يترتب الحكم عليه وان لم يكن من اهله فكذا النية تشترط وقت اليمين **قوله** فاما العلة فهي القرابة لان العتق فى القريب بطريق الصلة والقرابة وهي العلة للصلات كما في النفقة ولنا ورقلنا العتق صلة والملك تاثير في استحقاق الصلة شرعا

فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبده حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى

حتى تجب الزكوة باعتبار الملك صلة للفقراء كما للقرابة تأثير في استحقاق الصلة فكان كل واحد من الوصفين لكونه مؤثرا علة ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يحاله على آخر الوصفين وجودا لان تمام العلة به وآخر الوصفين الملك فيكون به معتقا ثم الملك ثبت بالشراء والعتق بالملك فيضاف العتق الى الشراء بواسطة الملك وهذا كمن رمى انسانا عمدا فاصابه فقتله قتل به كانه جز رقبته بالسيف وان كان فعله وبالان الرمي اوجب نفوذ السهم ومضيه في الهواء وذا سبب الوقوع في المرمي وذا سبب الجرح وذا سبب الموت فيضاف كله الى الرمي الذي هو العلة الاولى وصارت احكاما له وصار الرامي قاتلا فكذا الشراء بواسطة الملك لما ثبت به صار اعتاقا فيصير معتقا به ونأيد ذلك بقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده حتى يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اي بالشراء لانه لا يحتاج الى اعتاق آخر بعد الشراء وهذا كما يقال سقاه فارواه وضربه فاوجعه اي بالسقي والضرب ولهذا اذا اشترى نصف ابنه والنصف الآخر لغير البائع ضمن لانه اعتقه بالشراء فاضيف الى الملك ولو كان عبد بينهما فادعى احدهما انه ابنه ضمن لان القرابة آخرهما وجودا بخلاف ام الولد لان حقها مستحق بالاستيلاد السابق فاضيف العتق الى اليمين من وجه لا من كل وجه فصار كانه اعتق ام الولد ✽

قوله فكان ذكره ذكر الملك فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر رحمه الله تعالى لا يقول بالاقتضاء حتى ان من قال لآخر اعتق عبدك عني بالف ما عتقه كان العتق واقعا عن المأمور

لوقال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها طلقها واحدة لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا

قلنا اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلاتأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهي عن التافيف ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل واجتهاد فكان الملك ثابتا دلالة ولنا ان اليمين بالعتق انما تصح فى الملك او مضافا اليه او الى سببه ولم يوجد واحد منهما اما الملك فظاهر واما الاضافة الى الملك فانه لم يقل ان ملكت امة واما الاضافة الى سبب الملك فلانه اضافها الى التسري وهو ليس بسبب لملك الامة فلم تصح اضافة الاعتاق اليه وهذا لان التسري عبارة عن التحصين والاسكان وهو ان يبوئها ويمنعها من الخروج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السرية من السر وهو الوقاع او من السرور وهي سرور لمالكها او من السري وهو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الاماء وعند ابي يوسف رحمه الله طلب الولد شرط مع ذلك لان السرية فى العادة هي التي تطلب ولدها وواحد من هذه الاشياء ليس بسبب لملك الامة الا انه لا يستغني عن الملك فيصير الملك مذكورا اقتضاء ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يتعدى عنه الى صحة الجزاء وهو العتق لان الثابت ضرورة يتقدر بقدرها لا يعد وموضعها فلا يثبت الملك فيما وراء صحة التسري فبقي الجزاء فى الملك وفي مسئلة الطلاق ظهر في حق الشرط ولم يتعد الى الجزاء ايضا وانما يصح العتق وهو الجزاء ثم لانه صادف الملك اذ ملكه فى العبد قائما فى الحال فكان ذكر الطلاق ذكرا للنكاح لذي لا يستغني عنه الطلاق لا ذكر الملك لا يستغني عنه الجزاء حتى لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا فتزوجها ووطئها وطلقها واحدة لم يقع الثلث لان الملك صار مذكورا ضرورة فلا يتعدى عنه الى صحة الجزاء فهذه وزان مسئلتنا ووزان ما استشهد به زفر رحمه الله انه يقول ان

ولو قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيدة هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بين

تسريت امة فعبدي هذا حر فاشترى امة فتسرا ها عتق عبده قوله يفهم الملك من التسرى بلا تأمل قلنا ذا لا يدل على انه ليس بثابت اقتضاء والطعام او الشراب يفهم من قوله ان اكلت او شربت بلا تأمل وهو ثابت اقتضاء

قوله ولو قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه ولو قال اردت الرجال بهذا اللفظ دون النساء دين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض فانه لا يصدق في القضاء والديانة جميعا لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه لان المملوك حقيقة الذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهن لفظ التذكير عادة فان نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكن خلاف المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء ولهذا قيل لو قال نويت النساء دون الرجال كانت نيته لغوا وكذلك لو قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضاء وفي كتاب الايمان اذا قال لم انو المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله ولا في القضاء ففيه روايتان كذا في المبسوط

قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين ولو قال

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع اولا يشتري اولا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ماهو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد

والله لا اكلم فلانا وفلانا وفلانا احنث بكلام الاول اوالاخيرين كقوله لا اكلم هذا واهذين والفرق ان اواذا دخلت بين شيئين تناولت احدهما وذا في الطلاق في موضع الاثبات فيخص فكانت المطلقة احدى الاولين غير عين لان او دخلت عليهما فلما قال للثالثة وهذه صارت معطوفة على المطلقة لان الواو توجب الشركة فصار عطفا على التي هي محل الجزاء من الاولين وهي احديهما غير عين اذ سياق الكلام للايجاب وانما يعطف الشيء على ما سبق له الكلام فصار كانه قال احدكما طالق وهذه ولو قال هكذا كان الجواب ما قلنا كذا هنا وفي مسئلة الكلام في موضع النفي فيعم عموم الافراد فصار كل فرد منفيا على حدة كقوله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا اي آثما ولا كفورا فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا لا فلانا وفلانا ولو قال هكذا كان الثالث مضموما الى الثاني فيصير كانه قال و لا هذين كذا هنا ولانه حينئذ صار كانه قال هذه طالق اوهاتان طالق وانه لا يصح فجعل كانه قال هذه طالق اوهذه طالق وهذه طالق ليصح ولو قال هكذا يطلق الثالثة ويخير في الاولين كذا هنا وثم صار كانه قال لا اكلم هذا اولا اكلم هذين وانه صحيح والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

اي من الطلاق والعتاق والضرب

قوله ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه اي اذا كان العاقد الوكيل هو الحالف بان لا يبيع اولا يشتري اولا يواجر ٭

الا ان ينوي ذلک لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الامر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه

قوله الا ان ينوي ذلك اي ان ينوي في يمينه لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر لا بأمر غيره ايضا فحينئذ يحنث بالامر والاستثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلک لم يحنث **قوله** او يكون الحالف ذا سلطان عطف على ان ينوي لا ينولى العقد بنفسه فامر غيره يحنث و اي اذا باشره المأمور ولو فعل ذلك بنفسه يحنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة فان كان يباشر تارة ويفوض اخرى يعتبر الغالب والاصل ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور لوجوده منه حقيقة وحكما والا يحنث ويصير العاقد سفيرا والآمر فاعلا فما يحنث بالمباشرة لا بالامر البيع والشراء والاجارة والاستيجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد وما يحنث بالمباشرة والامر بالنكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم عمدا والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل حتى لو حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك نفعل حنث وعند الشافعي رحمه الله لا يحنث لوجود التطليق من المأمور حقيقة ومن الآمر حكما فوجد شرط الحنث من الحالف من وجه دون وجه فلا يحنث كما في البيع ونحوه ولنا ان عوض الحالف التوقي عن حكم العقد وحقوقه وشيء من

لان المالک له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملک تولية غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هومباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت ان لا اتولي ذلک بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيرذلك ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لاقضاء اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الامر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامرانسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهوالتأدب والتثقف فلم ينتسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الايتمار بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث

احكام هذه العقود الشرعية لايستقر على المأمور بل ينقل العقد بجميع الاحكام الى الآمر وصار المأمور سفيرا ولهذا يضيفه الى الامر لا الى نفسه *

قوله لان المالک له ولاية ضرب عبده بخلاف ما اذا حلف على ان لايضرب حرا فامر غيره فضربه لايحنث لان امر المولى غيره صح لانه يملک ضرب عبده بنفسه فيملک امر غيره به فضربه ولهذا سقط الضمان عن المأمور وامره بضرب الحر لم يصح لانه لا يملک ضربه بنفسه الا ان يكون الحالف سلطانا اوقاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به

قوله اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف باثره وهو الايلام فحقيقته عند اسناده الى نفسه ان يفعله بنفسه والنسبة الى الامر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة

لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصباغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه

كلامه فيصدق ديانة وقضاء بخلاف الطلاق والعتاق لانه ليس الا كلام يفضي الى الطلاق والعتاق والتوكيل بذلك مثل التلفظ به فينتظمها اللفظ وهو قوله لا يطلق فاذا نوى التلفظ بنفسه فقد نوى الخصوص في العام وهو خلاف الظاهر فيصدق ديانة لا قضاء وهذا هو الفرق الذي وعده قبيل هذا بالاشارة الى الفرق وقيل ذكر القضاء في مسئلة الضرب رواية في الطلاق لانه في الموضعين اذا نوى المباشرة فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء في الفصلين *

قوله لان حرف اللام دخل على البيع حيث قال ان بعت لك ثوبا فيقتضي اختصاصه به اي اختصاص البيع بالمحلوف عليه وفي قوله ان بعت ثوبا لك دخل حرف اللام على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين بالمحلوف عليه فان نوى الثاني بالاول او الاول بالثاني صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه بالتقديم والتأخير **قوله** بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله قيل المراد بالغلام الولد لا العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان نظير الاجارة لا نظير الاكل والغلام يطلق على الولد كما يطلق على العبد

فى الوجهين ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حرفاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه

قال الله تعالى انانبشرك بغلام اسمه يحيى وقيل المراد به العبد لان المراد بجريان الوكالة وكالة تتعلق بها حقوق يرجع الوكيل بها على الموكل وليس للضرب حقوق تلحق الوكيل ليرجع بها على الموكل ولا يملك الضرب بعقد مافكان كالاكل وفى الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله لوقال ان ضربت لك عبدا اوضربت عبدا لك فهو على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه لمكان العرف ولان الضرب مما لايملك بالعقد ولايلزم ومحل الضرب يملك فانصرف اللام الى مايملك ويؤخر المقدم وفى الفوائد الظهيرية المراد بالغلام الولد

قوله فى الوجهين اي دخل اللام فى الفعل او العين **قوله** ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء والنكاح الفاسد نكاح لم يفد حكمه ولم يحنث به اذا علق به العتق قلنا جواز البيع باعتبار المالية وليس فى المالية معنى ينبوعن قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الانسانية الا ترى انه يختص بني آدم وفيها ما ينبوعن قبول حكم الايجاب والقبول لانها تقتضي الحرية والنكاح رق على ما جاء في الحديث فلايحنث الا اذا كان صحيحا كذا فى الفوائد الظهيرية

وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق ينبـ ... الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد اوهذه الامة فامرأته طالق فاعتق اودبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محلية البيع واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته فى القضاء وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انها لا تطلق

قوله وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك للمشتري عندهما **قوله** والمعلق كالمنجز فان قيل فى المنجز لو لم يثبت الملك سابقا عليه يبطل التنجيز فاقتضى ثبوت الملك ولا يبطل التعليق فلا يقتضي ثبوت الملك فكيف يثبت الملك اقتضاء قلنا لما امكن ايقاع العتق من وجه بفسخ الخيار لم يتأخر الى مضي مدة الخيار لان العتق مما يحتاط في اثباته ومن الاحتياط تعجيله لا تأخيره وقد تنجز من وجه وانما لم يعتق عليه قريبه اذا اشتراه بشرط الخيار لان الملك وخيار المشتري في شرى القريب لم توجد كلمة الاعتاق بعد الشراء وانما يعتق القريب عليه بحكم الملك وخيار المشتري عند ابي حنيفة رح يمنع ثبوت الملك للمشتري فلا يعتق قبل سقوط الخيار واما ههنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ولو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق لانه كما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا يترك في غير الملك **قوله** لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محلية البيع فان قيل المحلية فى التدبير باقية فانه يتمكن بيع المدبر اذا قضى القاضي بجواز بيعه قلنا عند القضاء بجواز بيعه بفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار بقاء التدبير

لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضها ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لاقضاء لانه تخصيص العام والله تعالى اعلم بالصواب *

وقد قلنا ان بيع المدبر لا يجوز فكان المحل فائتا والحكم لا ينبني على ما يظهر عند قضاء القاضي في المجتهدات فان قيل لم يقع الياس في الجارية عن بيعها بالتحرير والتدبير لجواز ان يرتد فسبي بعد اللحاق فيملكها هذا الرجل ويبيعها قلنا الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وباعتباره تحقق الياس بالتحرير والتدبير وما ذكرت موهوم والاحكام لا ينبني على الموهومات فتحقق الياس عن البيع نظرا الى الاصل*

قوله لانه اخرجها جوابا فينطبق عليه فان قيل زاد على قدر الجواب قلنا الزيادة على القدر المحتاج اليه للجواب انما يخرج الكلام عن الجواب اذا لغت الزيادة متى جعل جوابا ولا يلغو الزيادة هنا ان جعل جوابا لانه قصد تطييب قلبها وتسكين نفسها وذا ينطلق غيرها لجواز ان يقع في قلبها انه اراد بها الغير التي ظنت

قوله وقد زاد على حرف الجواب اوجوابه ان يقول ان فعلت فهي طالق ثلاثا

قوله ومع التردد لا يصلح مقيدا اي الغرض لا يصلح مقيدا مع التردد فيه وذكر شمس الائمة رحمه الله تعالى في الجامع الصغير ان ماذكره ابو يوسف رحمه الله تعالى في اماليه اصح عندي والله تعالى اعلم بالصواب.

باب اليمين فى الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو فى الكعبة اوفي غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى اوالى الكعبة فعليه حجة اوعمرة ماشيا وان شاء ركب واهرق دما وفي القياس لايلزمه شيء لانه التزم ماليس بقربة واجبة ولامقصودة فى الاصل ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه فى المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلاشيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم اوالى الصفا والمروة فلاشيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ

باب اليمين فى الحج والصلوة والصوم

قوله ومن قال وهو فى الكعبة اوفي غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى اوالى الكعبة فعليه حجة اوعمرة ماشيا هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام شرعا فان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله تعالى فامرها النبي عليه السلام ان تحرم بحجة اوعمرة وعرفا فقد تعارف الناس ايجاب الاحرام بهذه العبارة نصا فصار كما لوقال علي احرام حجة اوعمرة ماشيا ولو قال ذلك لزمه احرام حجة اوعمرة كذا هنا ولا فرق بين ان يكون الناذر فى الكعبة او خارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام عرفا اذ الاحرام

فامتنع اصلا ومن قال عبدي حران لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان على
انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية
ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود
منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج

باحد النسكين لا يكون بلا مشي فكان من لوازم الاحرام وذكر اللازم وارادة الملزوم
كناية والعرف لا يختلف بين كونه في الكعبة او خارجا منها وفي القياس لا يلزمه شيء
لان النذر انما يصح بما شرع قربة لعينه والمشي ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل اي
في اصل الحج او العمرة وانما يقصد به الكمال وانما هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء فان قيل
يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وان لم يكن واجبا من جنسه قصدا قلنا الاعتكاف لا يصح
الا بالصوم والصوم من جنس القربة المقصودة فان قيل الاعتكاف يصح في الليل وان كان الصوم
لا يصح فيه قلنا صحة الاعتكاف في الليل تبع لصحة الاعتكاف في اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف
في الليل منفردا عن اليوم لا يصح او نقول صحة الاعتكاف باعتبار انه انتظار للصلوة والاستدامة
فيها والاستدامة في الصلوة تصح في الليل والنهار فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام
الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر بان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزم
عليه المشي في طريق الحج كما لا يلزم هناك ضرب الثوب على حطيم الكعبة بل اهداء
الثوب الى مكة لكون هذا اللفظ عبارة عنه قلنا نعم كذلك الا ان للحج ماشيا فضيلة ليست
هي للحج راكبا قال عم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم وقيل ما حسنات
الحرم قال واحدة منها بسبعمائة فاعتبر لفظه في ايجاب المشي لاحراز تلك الفضيلة ومعناه
في ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك التعارف فصار كناية عن ايجاب الحج ماشيا
قوله فامتنع اصلا اي الايجاب من الاصل حيث لم يجب عليه الاحرام باحد النسكين

غاية الا مران هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب

قوله غاية الا مران هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به بخلاف شهادتهما انه لم يحج لانا لا ندري هل شهدا عن علم ام بناء على ظاهر العدم فلهذا لم يقبل ولهذا لو شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول انما وصلت به قول النصارى قبلت هذه الشهادة على النفي لاحاطة علم الشاهد به كذا هنا **قوله** ولكنه لا يميز بين نفي ونفي اي نفي يحيط به علم الشاهد وبين نفي لا يحيط به علم الشاهد تيسيرا كما في مسئلة الاستبراء والمهر والعقل مع البلوغ وغيرها فاما في قول الشاهد ولم يقل قول النصارى انما قبلت الشهادة لان ذا عبارة عن السكوت وهو امر ثابت معاين فان قيل الشهادة على النفي انما لم تقبل اذا لم تكن مقرونة بالاثبات اما اذا قرنت بالاثبات فتقبل كشهود الارث اذا قالوا ان هذا وارث فلان لم نعلم له وارثا غيره حتى يدفع المال الى المشهود له بلا تلوم والمشهود به هنا امر ثبوتي والنفي يثبت ضمنا فاولى ان تقبل قلنا التضحية وان كانت امرا وجوديا لكنها مما لا يدخل تحت القضاء فلم يكن معتبرا فبقي النفي مقصودا فاما الارث فمما يدخل تحت القضاء فيكون معتبرا وثبت النفي في ضمن ذلك فان قيل ذكر شمس الائمة السرخسي رح في المبسوط في كتاب الدعوى ان الشهادة على النفي يسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبده ان لم يدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخل الدار اليوم تقبل ويقضى بعتقه وما نحن بصدده من قبيل الشروط قلنا هو عبارة عن امر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار **قوله** لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد وما زاد عليه تكرار ولهذا يقال صام فلان ساعة ثم افطر وتكرار المحلوف

ولوحلف لا يصوم يوما اوصوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به ولوحلف لا يصلي فقام وقرء وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فمالم يأت بجميعها لاتسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولوحلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد

عليه ليس بشرط لتحقق الحنث بخلاف مما لو حلف لا يصوم صوما ولا يقال ان المصدر مذكور هنا ايضا لانا نقول بلى لكن لغة لا شرعا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا ٭

قوله فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة الا ترى انه لا يقال صلى ركوعا او سجودا وانما يقال صلى ركعة والله اعلم بالصواب ٭

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

من النوم على الفراش والجلوس على السرير

قوله لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك لقوله عم لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم

لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث لانه حلي حقيقة

قوله لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه لان غزلها قد يكون من قطنها **قوله** والمعتاد هو المراد فكانه قال من قطني ومن قطن ساملكه ولهذا لو اشترى الزوج قطنا فغزلته ونسجته بغير اذنه يكون المنسوج للزوج **قوله** وذلك سبب لملكه اي غزل المرأة من قطن الزوج سبب لثبوت ملك الزوج في المغزول ولهذا تحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر اي انما يحنث به لانه اضاف الى سبب الملك وهو غزل المرأة لا الى ملكه القطن لان القطن لم يصر مذكورا حتى يضاف اليه ولهذا لو قال ان لبست من غزلك من قطني فهو هدي اجماعا وان اضافه الى المرأة بان قال ان لبست من غزلت من قطنك لم يكن هديا اجماعا فلما اطلق ولم يقيد صرفناه الى ما هو المعتاد وهو غزل المرأة من قطن الزوج فيكون الغزل سببا للملك والاضافة اليه اضافة الى سبب الملك ولهذا يحنث فيما اذا غزلت من قطن هو ملك الزوج وقت النذر وان لم يكن القطن مذكورا ولو اهدى بقيمة الثوب جاز في التزام هدي شاة لا يجوز اهداء قيمتها لان القربة ثمة اراقة الدم وفي الثوب سد خلة الفقير والقربة فيه كالعين وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان وفي التزام هدي ما لا ينقل يهدى بقيمتها **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وهو ما تتحلى به المرأة من ذهب او فضة او جوهر **قوله** حتى ابيح استعماله للرجال اي

حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف
وقيل هذا اختلاف عصر و زمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد
ومن حلف لاينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه
وان جعل فوقه فراش آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له
فقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير
لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض
لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط
او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما
اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه والله تعالى اعلم بالصواب ٭

لو كان حليا يحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال واما
حل التختم لهم بالفضة فانما كان لغرض آخر وهو قصد التختم به لا التزين او لما كان
استعماله للتزين ولغرض آخر كان ناقصا في معنى الحلي هذا اذا كان الخاتم فضة خالصة
اما اذا صنع الخاتم من فضة على هيئة خاتم النساء بان كان ذا فص يحنث وهو الصحيح كذا
في الفوائد الظهيرية ولو لبس خلخالا او دملوجا او سوارا يحنث سواء كان من ذهب او فضة
لانه حلي كامل لانه لا يستعمل الا للتزين ولهذا لا يحل للرجال ذلك ٭

قوله حتى سمي به في القرآن قال الله تعالى ويستخرجون منه حلية وانما يستخرج
من البحر اللؤلؤ والاصل في الكلام هو الحقيقة وله انه لا يتحلى به الا مرصعا والمرصع
والتركيب ومبنى الايمان على العرف فلا ينصرف الا الى المرصع عند الاطلاق
وقيل هذا اختلاف عصر و زمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد
قوله ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش بعينه **قوله** بخلاف ما اذا حال

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت

بينه وبين الارض لباسه اي وهو لابسه اما اذا نزعه وطرحه على الارض وجلس عليه لا يحنث لانه حينئذ لم يبق تبعا له لان تبعيته باعتبار لبسه وبعد ما نزع صار هو بمنزلة البساط او الحصير والله تعالى اعلم بالصواب ●

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

اي الغسل والكسوة ●

قوله لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن فان قيل يشكل هذا بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر ايوب عليه السلام في يمينه بهذا الضرب وان لم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من حشيش او ريحان فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه قلنا جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها بخلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكره من تفسير الضغث بانه حزمة من حشيش او ريحان وروي عن ابن عباس رضي الله عنه ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزائها حينئذ وفي الكشاف وهذه الرخصة باقية وعن النبي عليه السلام انه اتي بمخدج اي برجل ناقص الخلق قد خبث بامة فقال خذوا عنكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة ويجب ان يصيب المضروب كل واحد من المائة اما اطرافها قائمة واما اعراضها مبسوطة مع وجود صورة الضرب وفي شرح

ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لايتحقق الاان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس *

قال وكذلك الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت

الطحاوي ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله برفي يمينه والايلام شرط فيه لان القصد من الضرب الايلام.

قوله ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحيوة ثم من كل وجه عند البعض ويقدر ما يتألم عند البعض وقال بعضهم يؤمن باصل العذاب ويسكت عن الكيفية وعن ابى الحسين الصالحي يعذب الميت من غير حيوة اذ الحيوة عنده ليست بشرط لثبوت العلم وقيد بقوله في قول العامة احترازا عن قوله وكذلك الكسوة يعني لو قال ان كسوتك فعبدي حر **قوله** وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس اي من غير تمليك ولو حلف لا يلبس فلانا فالبسه بعدما مات حنث لان اللباس هو الستر والميت يستر كما يستر الحي **قوله** وكذلك الكلام بان حلف لايكلم فلانا اولا يدخل دار فلان لان المقصود من الكلام الافهام وذا بالاسماع وذا لا يتحقق بعد الموت فان قيل روي ان قتلى بدر من المشركين لما القوا فى القليب قام رسول الله عليه السلام على رأس القليب وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رضي الله عنه اتكلم الميت يا رسول الله فقال ما انتم باسمع من هؤلاء فلما هو ذا ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث لعائشة رضي الله عنها قالت كذبتم على رسول الله عليه السلام قال الله تعالى انك لاتسمع الموتى وما انت بمسمع من فى القبور ثم لو صح ذلك كان ذلك معجزة لرسول الله عليه السلام

يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات حنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد

وقيل المقصود بذلك وعظ الاحياء لا افهام الموتى ونظيره ما روي ان عليا رضي الله عنه كان اذا اتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين اما نساؤكم فقد نكحت واما اموالكم فقد قسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سئل الارض من شق انهارك وغرس اشجارك وجني ثمارك فان لم تجبك حوارا اجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للجمادات والموتى * **قوله** يزار قبره لا هو لان من طاف بيات رجل لم يعد زائرا له ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائرا له فهنا اولى **قوله** ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت الا ترى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل بعد لا يجوز ولو كان غسيلا تجوز صلوته **قوله** فمد شعرها او خنقها او عضها حنث قالوا هذا اذا كان اليمين بالعربية ولو كانت بالفارسية لا يحنث كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله وقال في الاصل او وجأها او قرصها وقال الشافعي رحمه الله لا يحنث لان هذه الاشياء لا يسمى ضربا عادة **قوله** وقيل لا يحنث في حال الملاعبة اي وان المها لانه لم يتعارف هذا ضربا بل ممازحة كذا في الفوائد الظهيرية وهذا يدل على انه لو ضربها بآلة في حالة الملاعبة لا يحنث ايضا لانه يسمى ممازحة لا ضربا وفي التفاريق الضرب لا يقع على الرامي بحجر او غيره كذا ذكره التمرتاشي رح *

ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو مادون شهروان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان مادونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم

قوله ثم يحنث للعجز العادي هو منسوب الى العادة اي لانه عاجز عادة لانه لا اعادة للحيوة قبل اليوم الموعود في العادة فيتحقق العجز عن اعادتها عادة **قوله** وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم اي في مسئلة الكوز **قوله** هو الصحيح احترازعما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لاماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وروي عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه في رواية اخرى انه لا يحنث علم اولم يعلم وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه والصحيح ماذكر في الكتاب كذا في الفوائد الظهيرية وقد تقدم الفرق بين مسئلة الكوز ومسئلة القتل والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قوله فهو اكثر من الشهر الحكم في شهر كذلك لكنه ذكر الاكثر في مقابلة مادون الشهر *

وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او ستوقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح فلا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا او قبضه بر في يمينه

قوله وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة في المغرب زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت ودرهم زيف وزائف ودراهم زيوف وزيف وقيل هي دون النبهرج في الرداءة لان الزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار وقياس مصدره الزيوف واما الزيافة فمن لغة الفقهاء والستوق بالفتح اردأ من النبهرج وعن الكرخي رحمه الله الستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب الاكثر فيه وقيل هو تعريب سه تو وهو ان يكون داخله نحاسا وخارجه فضة **قوله** فلا يرتفع برده البر المتحقق جواب عما يقال لما رد المقبوض انتقض قبضه من الاصل فصار كان لم يكن فقال بلى انتقض القبض بعد الصحة لان المقبوض من جنس حقه فيظهر نقض القبض في حق حكم يقبل الانتقاض والبر لا يحتمل الانتقاض لان اليمين قد انحلت به وفي الايضاح والقبض وان انتقض بالرد ولكن اليمين قد انحلت قبل الرد لوجود شرطه وهو قبض الحق فلا يثبت الحنث في اليمين المنحلة لان الحنث يقتضي قيام اليمين ولم يبق اليمين **قوله** حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم لانه يكون استبدالا لا استيفاء وهذا ايضاح انه ليس من جنس الدراهم **قوله** وان باعه بها عبدا وقبضه اي المشتري العبد وانما شرط القبض لان الثمن بنفس البيع وان وجب على المشتري الا انه بعرض السقوط وتقرره بالقبض فشرط القبض لهذا

لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به
وان وهبه له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين
ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه

قوله لان قضاء الدين طريقه المقاصة ووجه ذلك هو ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا واذا ثبت ان طريق قضاء الدين ما قلنا وقعت المقاصة بين الدين وبين ثمن العبد فكان ثمن العبد قضاء لان ثمن العبد آخر الدينين وجوبا وآخر الدينين وجوبا قضاء لاولهما وجوبا اذ القضاء يتلو الوجوب **قوله** وان وهبه له يعني الدين لم يبر وفي الكافي للعلامة النسفي رحمة الله تعالى وقوله في الهداية لم يبر مشكل لانه يوهم انه يحنث وليس كذلك لان اليمين لما كانت موقتة باليوم فاذا وهبه له قبل مضي اليوم فقد عجز عن تحقق البر قبل مجيئ وقت الحنث وهو آخر اليوم فيبطل اليمين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كما لو قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فعبده حر فصب الماء قبل مضي اليوم فان اليمين تبطل عندهما والجواب ان قوله لم يبر ساكت عن الحنث فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنث ايضا لفوات المحلوف عليه وهو الدين وهذا لان قوله لم يبر اعم من قوله يحنث ومن قوله تبطل اليمين فيحمل على الثاني تصحيحا لكلامه ولو لم يتقيد باليوم يستقيم كما في مسئلة الكوز وذكر في الفوائد الظهيرية بخلاف ما اذا وهبها اذ ليس فيها قضاء ولا اقتضاء بل هي اسقاط

لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر وزن الكل دفعة واحدة عادة فيصيره ذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب *

وابراء غيرانه ان لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لموت المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه جهة في بطلان اليمين على ما عرف في مسئلة الكوز وفي فوائد الخبازي رحمه الله وقيل ذكر اليوم في وضع المسئلة وقع سهوا من الكاتب وذكر فخر الاسلام علي البزدوي والشيخ الامام شمس الائمة السرخسي والشيخ الامام ابو المعين النسفي رحمهم الله هذه المسئلة في كتبهم مطلقة غير موقتة باليوم فعلى هذا معنى قوله لا يبر يحنث لكن هذه نسبة الى السهو مع الوجه الصحيح وهو انه لا يبر لبطلان اليمين ولا يحنث *

قوله لان الشرط اي شرط الحنث قبض الكل لكنه بوصف التفرق يعني ان شرط الحنث شيئان احدهما قبض الكل والثاني وصف التفرق فيه فاذا وجد احدهما دون الآخر لا يحنث ثم ههنا عند قبض البعض ان وجد التفرق لم يوجد قبض الجميع بعد فلا يحنث **قوله** ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلهذا لا يحنث والله تعالى اعلم بالصواب *

مسائل متفرقة

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث لوقوع الياس عنه وذلك بموته اوبفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره اوشر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ه

مسائل متفرقة

قوله فعم الامتناع ضرورة عموم النفي لانه نفي الفعل مطلقا فيقتضي عدم الفعل في جميع العمر ضرورة عموم النفي ووجوده في جزء منه ينافي العدم في جميعه **قوله** فيبر باي فعل فعله اي مختارا اومكرها اوناسيا اوبطريق التوكيل **قوله** بكل داعر الداعر الخبيث المفسد ومصدره الدعارة وهي من قولهم عود دعر اي كثير الدخان كذا في المغرب **قوله** وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الرفع بعد العزل لانه مفيد لاحتمال ان يؤتي ثانيا فيؤدب الداعر ثم ان الحالف لوعلم بدخول الداعر البلد ولم يعلم المستحلف حال قيام سلطنته لا يحنث بمجرد انه لم يعلم لانه جعل شرط الحنث ترك الاعلام وبالتأخير لا يتحقق الترك مادام سلطانا واما اذا لم يعلمه حتى مات المستحلف اوعزل فحينئذ يحنث الحالف ولا ينفعه اعلام السلطان الذي جاء بعده لان يمينه انعقدت على اعلام الاول كذا في الذخيرة ه

ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد برفي يمينه خلا فالزفر رحفانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم با لمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا اوياسمينا لا يحنث لانه اسم مالاساق له ولهماساق

قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه اي قال وهبت منك هذا العبد ولم يقبل فقد بر في يمينه وكذا لو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل حنث وقال زفر رح لم يحنث ما لم يقبلها ويقبضها لان الهبة لا يصح الا بهما ولنا ان الهبة اسم لا يجاب الملك من جانب وقد وجد وفي الذخيرة الهبة هي التمليك من جانب الواهب وذلک في قوله وهبت ولا تعلق له بالقبول وانما القبول لثبوت الملك والملك حكم الهبة وشرط الحنث نفس الهبة لاحكمها وفي جامع بكر رحمه الله هذا كما لو حلف لا يقرله بشيء اولا يوصي ففعل ولم يقبل الاخر حنث ثم اختلف اصحابنا رحمهم الله قال بعضهم الملك يثبت قبل القبول الاان بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة وقال بعضهم لا يثبت لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة والكتابة لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما وكذا كل عقد فيه بدل والصدقة والعطية والهدية والنحلي والعمري والاعارة كالهبة وفي الكفاية وكذا القرض وعن ابي يوسف رح رواية اخرى ان قبول المستقرض شرط لان القرض في حكم المعارضة **قوله** ومن حلف لا يشم ريحانا الخ الريحان هو كل ماطاب ريحه من النبات وعند الفقهاء الريحان ماله رائحة طيبة كما ورقه كالاس والورد ماله ورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا في المغرب وفي عرف اهل العراق الريحان اسم لما لا قيام له على الساق من البقل مماله رائحة طيبة ينبت في كل عام كالضميران ونحوه وفي المبسوط ولو حلف لا يشم ريحانا فشم آسا وما اشبهه من الرياحين

ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتني عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله تعالى اعلم ٭

حنث وان شم الياسمين او الورد لا يحنث لانهما من جملة الاشجار والرياحين اسم لما ليس له شجر الا ترى ان الله تعالى قال والنجم والشجر يسجدان الى ان قال والحب ذو العصف والريحان فقد جعل الريحان غير الشجر فعرفنا ان ماله شجر ليس بريحان وان كانت له رائحة مستلذة ٭

قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا وفي المبسوط اذا حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث عندنا ولم يحنث عند الشافعي رح لانه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى عين البنفسج لان المتصل بالدهن رائحة البنفسج لا عينه ولكنا نعتبر العرف فاذا اطلق البنفسج يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج ايضا ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث وذكر الكرخي رح في كتابه انه يحنث ايضا وهذا شيء يبتني على العرف ففي اهل الكوفة في ذلك الوقت بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبني الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف اهل بغداد انهم يسمون به بائع الورق ايضا فقال يحنث وهكذا في ديارنا ولا نقول ان اللفظ في احدهما حقيقة وفي الآخر مجاز ولكن فيهما حقيقة او يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والخبري كالبنفسج واما الورد والحناء قال فاني استحسن ان اجعله على الورق والورد اذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما لم يحنث

قوله والعرف مقرر له لان اسم الورد حقيقة في ورقه وفي العرف يراد به الورق ايضا فكان العرف مقررا له وفي البنفسج قاض عليه لانه اسم للورق حقيقة ويراد به في العرف دهنه فرجحنا العرف على الحقيقة لان مبنى الايمان على العرف والله تعالى اعلم بالصواب ٭

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد

كتاب الحدود

قوله وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى احترز بالمقدرة عن التعزير وبقوله حقا لله تعالى عن القصاص قيل تقديرات الشرع على اربعة انواع منها ما هو يمنع الزيادة والنقصان وهو الحدود ومنها ما لا يمنع الزيادة والنقصان كما قال الله تعالى وما تدري نفس ماذا تكسب غدا فانه لا يعلم ماذا تكسب في هذا اليوم في الزمان الثاني ولا في بعد غد وكذلك قوله تعالى من ان تامنه بقنطار يؤده اليك ومنها ما هو يمنع الزيادة دون النقصان وهو خيار الشرط عند ابي حنيفة رحمه الله ومنها ما هو يمنع النقصان دون الزيادة كمدة السفر **قوله** والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد وهو اختلاط الانساب فالله تعالى شرع حد الزنا لصيانة فرش المسلمين عن الفساد وشرع حد القذف لصيانة اعراضهم وشرع حد الشرب لصيانة عقولهم وشرع حد السرقة لصيانة اموالهم

والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر *

قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر *

قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل او امراة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه الصلوة والسلام للذي قذف امراته ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده *

قوله والطهرة ليست اصلية لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد اذ الحد يقام على كره منه فلا يكون محصلا للثواب فلا يحصل به الطهرة فان تاب كان الحد طهرة له والا لا يكون طهرة بل يكون خزيا ونكالا كما قال الله تعالى في حد قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم قوله الزنا يمد ويقصر فالقصر لاهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق اباحاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا الخرطوم الخمر المسكر بفتح الكاف من السكر المخمور مخاطب به الرجل المكني بابي حاضر والنسبة الى المقصور زنوي والى الممدود زنائي كذا في الصحاح قوله يثبت بالبينة والاقرار اي عند الامام وعلم القاضي ليس بحجة في الحدود باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وان كان القياس يقتضي اعتباره لان علمه فوق البينة والاقرار قوله والاشاعة ضده اي ضد الستر فيكون مذموما لقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة *

فاذا شهد وا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطئ في جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ثم لم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى

قوله فاذا شهد وا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو اما السؤال عن ماهية الزنا فللاحتراز عما لم يكن فعلهما على الحد الذي ذكر من تفسير الزنا لان من الناس من يعتقد في كل وطئ انه زنى ولان الشرع سمى الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك او يكذب والحد لا يجب الا بالجماع في الفرج واما السؤال عن الكيفية فللاحتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج وقيل للاحتراز عن صورة الاكراه واما السؤال عن المكان فللاحتراز عن فعل الزنا في دار الحرب واما السؤال عن الوقت فللاحتراز عن ان يكون العهد متقادما وحد الزنا لا يقام بعد تقادم العهد عندنا واما السؤال عن المزني بها فللاحتراز عن ان يكون له نكاح او شبهة نكاح مع المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فاذا فسروا تبين ذلك للقاضي **قوله** وقالوا رأيناه وطئها هذا جواب عما هو وقوله كالميل في المكحلة جواب كيف هو والميل المكحلة خشبتها التي يكتحل بها والمكحلة بضمتين وعاء الكحل والجمع مكاحل ٭

قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى۔

قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فانه ع م اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر

قوله يحبسه حتى يسأل عن الشهود فان قيل الحبس ينافي الاحتيال للدرء فينبغي ان لا يشرع كاخذ الكفيل منه قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا **قوله** في اربعة مجالس من مجالس المقر وقال ابن ابي ليلى يقام بالاقرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد اعتبار الاقرار بالشهادة بعلة انه احد حجتي الزنا **قوله** اعتبارا بسائر الحقوق يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا **قوله** بخلاف زيادة العدد في الشهادة لان زيادة طمانينة القلب تحصل بزيادة العدد من الشهود ولا تحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد **قوله** ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الاخر وقال مثل ذلك فلما قال في المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الآن اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك لمستها لعلك باشرتها

ولابد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رح لانه عليه السلام طرد ما عزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة

فابى الا ان يقر بصريح الزنا فقال ابك خبل ابك جنون وفي رواية بعث الى اهله هل ينكرون من عقله فقالوا الا فسأل عن احصانه فاخبر انه محصن فامر برجمه كذا في المبسوط فان قيل انما اعرض النبي عليه السلام لانه استراب عقله فقد جاء اشعث اغبر متغيرا للون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال ابك خبل ابك جنون قلنا اما الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال رسول الله عليه السلام ابك خبل ابك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطي فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق أسرقت وما اخاله سرق والدليل عليه ما روي ان ابابكر رض قال لماعز لما اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم ولانه لو كان لابلاء العذر لعلق الامر بثلث لا باربع كذا في الاسرار واعتباره بسائر الحقوق باطل فقد ظهر منه من التغليظ ما لم يظهر في سائر الاشياء من ذلك ان النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وشرط في احدى الحجتين من العدد ما لم يشترط في سائرها وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار عدد الاقرار كذا في المبسوط **قوله** ولابد من اختلاف المجالس لما روينا اراد به قوله الى ان يتم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فعنده اي فعند اتحاد المجلس **قوله** فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي اي اتحاد مجلس المقر معتبر في عدم الوجوب دون اتحاد مجلس القاضي **قوله** والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر بان يقول ابك خبل

قمه

قال فاذا تم اقراره اربع مرات ساله عن الزنا ماهو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف مافيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ماهو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز رضي الله عنه لعلك مسستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى والله اعلم بالصواب ٭

ابك جنون كما مر من لفظ الحديث وفي الايضاح وينبغي للامام ان يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهة له ويأمر بتنحيته لما روي عن النبي عليه السلام انه طرد ماعزا وعن عمر رضي الله عنه انه قال اطردوا المعترفين يعني في الزنا ٭

قوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل الاقرار بانكاره لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما بالآخر قلنا ان انكار المشهود عليه شرط صحة قبول البينة وشرط صحة الشيء لا يكون مبطلا له **قوله** ولا كذلك ماهو خالص حق الشرع اي ليس احد يكذبه فيه فتتعارض كلاماه الاقرار والرجوع وكل واحد منهما متميل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة فيسقط الحد لوجود الشبهة بهذا الطريق **قوله** وهذا قريب

فصل في كيفية الحد واقامته

واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه الصلوة والسلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد الاحصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقال يخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي من علي رضي الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتيال للدرء وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا تشترط بداءته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع *

من الاول اي قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها اوقبلتها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع لما ان في كل واحد منهما لو قال نعم يسقط الحد والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في كيفية الحد واقامته

قوله في الحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وهو حديث معروف **قوله** وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم اي على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا الرجم حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم يكن في حيز التواتر *

وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام في ماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به

قوله وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية احترز به عما روي عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه فانه ذكر في الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمي بعضهم او خرس او جن او ارتدا وقذف مسلما فضرب الحد لم يرجم المشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وروي انهم اذا امتنعوا اوغابوا رجم الامام ثم الناس كذا في الذخيرة فاذا كان الشهود مقطوع اليدين في الاصل لايمتنع الاقامة بخلاف ما اذا قطعت ايديهم بعد الشهادة وفي الايضاح ولا باس بكل من رمى ان يتعمد قتله لانه المقصد من الرجم الا انه اذا كان ذا رحم محرم من المرجوم فانه لا يستحب ان يتعمد قتله وقد روي عن حنظلة بن ابي عامر رضي الله عنه انه استأذن رسول الله عليه السلام في قتل ابيه وكان هو كافرا فمنعه ذلك وقال دعه يكفك غيرك ولانه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة . الغامدية امرأة من غامد حي من الازد والجلد ضرب الجلد ومنه جلدة الجلاد

قال يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني من المقصود وهو الانزجار وتنزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف ٭

قال الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

قوله بسوط لا ثمرة له ثمرة السوط مستعارة من واحدة ثمرة الشجرة وهي عذبته وذنبه طرفه وفي المجمل والصحاح ثمرة السوط عقد اطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقدة والاول اصح لما ذكر الطحاوي رحمه الله ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة وكانت الضربة ضربتين كذا في المغرب وكذلك تعليل الايضاح دليل عليه حيث قال وينبغي للقاضي ان يأمر الجلاد ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين والمشهور في الكتب لا ثمرة له اي لا عقدة عليه **قوله** بين المبرح برحاء الحمى وغيرها شدتها لاذى بقول برح به الامير تبريحا وضربه ضربا مبرحا كذا في الصحاح **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه ذكر في المبسوط ويعطى كل عضو حظه من الضرب لانه قد نال اللذة في كل عضو **قوله** والمذاكير هي جمع الذكر الذي هو العضو على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل

وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يضرب الرأس ايضا ثم رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله تعالى عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ونقل انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على وجه الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان

وبين الذكر الذي هو العضو ثم انما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينة وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو المعين ما حوله كقولهم لشاب مفارق رأسه كذا في الصحاح والمغرب وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في ضرب الحد يتقي الفرج والبطن والوجه والصدر ذكره في الذخيرة **قوله** قال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يضرب الرأس ايضا وفي الايضاح يضرب الرأس لان ضربه سوطا او سوطين لا تخشى منه الفساد **قوله** وان كان عبدا جلد خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف والآية نزلت في الاماء والحكم في العبيد كذلك بدلالة النص

وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه الصلوة والسلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله تعالى عنهم لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه الصلوة والسلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو وانما خصص بالذكر لغلبة اسباب السفاح فيهن ودعونهن اليه دون العبيد واليه الاشارة في

تقديم الزانية على الزاني بخلاف السارق والسارقة

قوله وتضرب جالسة لما روينا اي من حديث علي رضي الله عنه والنساء قعودا الثندوة بفتح الاول والواو والضم والهمزة مكان الواو والدال في الحالين مضمومة ثدي الرجل او لحم الثديين كذا في المغرب الهمدانية بسكون الميم **قوله** ما حفر لماعز رض ولا ربط ولا امساك بل كان مطلقا حتى هرب من ارض قليلة الحجارة الى ارض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير مشروع الا ان يعجزهم فحينئذ يربط ويشد **قوله** وقال الشافعي رح له ان يقيمه اي الحد الذي هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه او اقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفي حد القذف والقصاص له وجهان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد ولاية الامامة ان كان اماما فان كان مكاتبا او ذميا او امرأة فليس له ولاية اقامة الحد على مملوكه لقوله عليه السلام اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم وقال اذا زنت امة احدكم فليجلدها

الامام اونائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه

وفي رواية فليحدها ولان له ولاية مطلقة عليه فيملك اقامة ما وجب عليه كالامام بل اولى لان ولايته عليه اقوى من ولاية الامام حتى ملك فيه تصرفات لايملكها الامام الا ترى ان المولى هو الذي تزوج دون الوالي بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لايتزوج الابعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل انها فوق ولاية السلطنة ولهذا يملك عليه التعزير كما يملك الامام والحد عقوبة زاجرة كالتعزير ولنا ماروي عن العبادلة الثلثة موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء لان الحد حق الله تعالى اذ الغرض منه اخلاء العالم عن الفساد فتكون الولاية مستحقة بالنيابة عن الله تعالى والامام هو المتعين في نيابة الله تعالى اونائبه فاما الولي فولايته بالملك فلايصلح نائبا عن الله تعالى بخلاف التعزير لانه من حقوق الملك والمقصود به التثقيف والتأديب وذا سبب زيادة ماليته فيرجع نفعه اليه فكان حقاله فيكون بسبيل منه الا ترى انه يعزره من لا يخاطب بحقوق الشرع كالصبيان وهو كالرياضة والتأديب في الدواب فانه من حقوق الملك ولهذا كان المولى مقدما على الامام وانما تثبت الولاية له بسبب الملك كالتزويج وللامام ولاية اقامة الحد شاء المولى اوابى دل انه لاتثبت له ولاية اقامته بسبب الملك وكيف تثبت به وهو غير مملوك له من ذلك الوجه لان الحدود انما تجب باعتبار معنى الآدمية دون المالية اذ الحد لايجب على المال بحال والعبد باعتبارها مبقى على اصل الحرية حتى يصح اقراره بالحدود ولا يصح اقرار سيده عليه بها فكان سيده فيها كسائر الاجانب كما في طلاق زوجته وقوله اقيموا الحدود خطاب للائمة كقوله تعالى فاجلدوا فاقطعوا وفائدة تخصيص المماليك ان لايحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم اوالمراد التسبيب

قال واحصان الرجم ان يكون حراعاقلا بالغامسلماقدتزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذلاخطاب دونهما وماوراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقدشرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به

والمرافعة الى الامام وقديضاف الشيء الى المباشرتارة والى المسبب اخرى والظاهر هذا لانه خاطب كل الموالي بذلك وكل الموالي لايملكون المباشرة بالاجماع ٭

قوله واحصان الرجم وانما قيد بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ماىجيء ان شاء الله تعالى وفي المبسوط وللاحصان الذي يتعلق به الرجم شرائط فالمتقدمون يقولون شرائطه سبع العقل والبلوغ والحرية والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وان يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر في صفة الاحصان والاسلام والاصح ان يقول شرط الاحصان على الخصوص اثنان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة لاشرط الاحصان على الخصوص لان غيرالمخاطب لايكون اهلا لالتزام شيء من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لاان يكون شرط الاحصان على الخصوص واما الدخول فشرطه ثبت بقوله عليه السلام والثيب بالثيب والثيب لايكون الابالدخول وشرطنا ان يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيب على ماعليه اصل حال الآدمي من الحرية لايتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح فكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم افحش العقوبات فيستدعي اغلظ الجنايات والجناية في الاقدام على الزنا بعداصابة الحلال تكون اغلظ ولهذا لاتشترط العفة عن الزنا في هذا الاحصان بخلاف احصان القذف لان الزنا بعد الزنا اغلظ في الجريمة من الزنا بعد العفة ٭

فهو

بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطى الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابويوسف رحمه الله في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قدزنيا قلنا كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لايكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولاائتلاف مع الاختلاف في الدين وابويوسف رحمه الله تعالى عليه يخالفهما في الكافرة

قوله بخلاف الشرف والعلم متصل بقوله وهذه الاشياء من جلائل النعم لما ذكر ان تكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة توجب الرجم لذلك على من زنى بعد وجود هذه النعم الجليلة ورد عليه الشرف والعلم فانهما ايضا من اجل النعم ولم يشترطا فاجاب بان الشرع لم يرد به **قوله** والاصابة شبع بالوطي الحلال يعني الاصابة بطريق الحلال يحصل الشبع **قوله** وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي الكفر والمملوكية والجنون والصبا اي لا تكون المرأة محصنة وان كان النكاح والدخول موجودين كما لا يكون الرجل محصنا اذا كانت المرأة موصوفة باحدى هذه الصفات عند الدخول*

والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ❊

قال ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه الصلوة والسلام لم يجمع ولان الجلد يعري عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء اوالى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا

فان قيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلنا صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام على الزوج ❊

قوله والحجة عليه ما ذكرناه اشارة الى قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين **قوله** لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لما ان الزنا انما ينشأ من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لهذا **قوله** رجوعا الى حرف الفاء لانه يقتضي ان يكون جزاء والجزاء انما يكون كافيا لانه من جزء بالهمز اي كفى اوالى كونه كل المذكور فيكون كل المراد اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو اوجبنا معه التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا ثم قوله فيه قطع مواد البقاء فانها اذا تباعدت عن الاهل والوطن اخرجها انقطاع مادة المعاش عنها الى التكسيب بالزنا وفيه قطع مادة البقاء بتضييع الماء وعلوق ولد لا يقوم احد بتربيته وهذا اقوى مما قاله لان ما ينشأ من الصحبة والموانسة يكون مكنوما وما ينشأ من الوقاحة وخلاعة العذار يكون مشهورا وهو افحش

وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه الصلوة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه *

قوله وهذه الجهة مرجحة اي هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم لشهادة قول علي رضي الله عنه بصحة ماقلنا **قوله** الحديث منسوخ كشطره وهو الجمع بين الجلد والرجم وليس هذا اثبات النسخ بالقياس فانه لايجوز ولكن انتساخ احد شطريه دليل بعدمه على آية الجلد فنسخ الحديث بشطريه بآية الجلد ثم انتسخت قضية الآية في حق المسلم المحصن بحديث ماعز فاستقرت الشريعة **قوله** وقد عرف طريقه في موضعه وهو ما ذكر في حديث العرنيين فان قوله عليه السلام استنزهوا البول يعارضه امره عليه الصلوة والسلام للعرنيين بشرب ابوال الابل رجعنا الى التاريخ وقلنا قد قام دليل سبق حديث العرنيين وهو انه تعلق به شيئان المثلة واباحة شرب البول ثم المثلة لما ثبت انها كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت فثبت ان اباحة الشرب صارت منسوخة بقوله استنزهوا البول لانها شطر حديث العرنيين فكذلك ههنا قد قام الدليل على تقدم الحديث على قوله تعالى الزانية والزاني الآية وذلك ان حكم الزنا كان في ابتداء الاسلام الحبس في البيوت والايذاء باللسان بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت وبقوله تعالى فاذوهما ثم نسخ ذلك بالحديث وهو ماروي عن النبي عليه السلام انه خرج يوما فقال قد جعل الله تعالى لهن سبيلا خذوا عني الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام فلو كان قوله الزانية والزاني قد نزل قبل هذا الحديث يقال عليه السلام خذوا عن الله فلما قال خذوا عني علم ان قوله الزانية والزاني لم يكن نزل ثم نسخ

قال الا ان يرى في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع

قوله الزانية والزاني الآية فاذا ثبت نسخ شطر الحديث وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب الحديث بقوله الزانية والزاني فكذلك الشطر الثاني *

قوله فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لا حد فلا يختص بالزنا بل يجوز في كل جناية والرأي فيه الى الامام الا ترى ان النبي عليه السلام نفى هيت المخنث ونفى عمر رضي الله تعالى عنه نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه قال ماذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب علي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وتغريب النبي عليه السلام والصحابة ما كان بطريق الحد بل بطريق السياسة الا ترى ان عمر رضي الله تعالى عنه ترك ذاك فانه نفى زانيا فارتد فلحق بالروم فحلف ان لا ينفي احدا بعد ذلك فلو كان مشروعا لما حلف ان لا يقيمه

قمز *

وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلايفيد الحبس والله تعالى اعلم بالصواب *

باب الوطئ الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطئ الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطئ الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه الصلوة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل

قوله وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت اني اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله عليه السلام برجمها فدل ان الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب كذا في مبسوط فخر الاسلام رحمه الله والله اعلم بالصواب *

باب الوطئ الذي يوجب الحد

قوله وطئ الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك فان قيل المرأة تحد حد الزنا ولايصدق الحد على فعلها انه زنى بدليل اقامة الحد عليها وكذا يحد قاذفها قلنا ذاك دا خل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا فلما تحقق الحدود بتمكينها ثبت في حقها ايضا فلهذا اضيف اليها ووجب الحد عليها ايضا تبعا للرجل دل عليه انه اذا امتنع في حق الرجل بان مكنت البالغة العاقلة صبيا او مجنونا لايجب عليها الحد ايضا عند علمائنا الثلثة رح لعدم التمكين من فعل هو زنا لان فعل

وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولايتوقف على ظن الجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة

الصبي والمجنون لا يوصف بالزنا فلم تتحقق الزنا بتمكينها فلم يجب عليها الحد بخلاف العاقل اذا زنى بصبية او مجنونة حد دونها لتحقق الزنا من الرجل ولاحد عليها وان مكنت من الزنا لانها غير مخاطبة.

قوله وتسمى شبهة اشتباه اي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت انها علي حرام حد **قوله** وتسمى شبهة حكمية اي ناشئة عن دليل الشرع **قوله** لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية زوجته تحل له بناء على ان الوطئ نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطئ **قوله** والثانية تتحقق اي يكون شبهة في حق الكل **قوله** لاطلاق الحديث وهو قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات **قوله** جارية ابيه وكذا جارية جده وان علا **قوله** والمطلقه ثلثا وهي في العدة لان بعض احكام النكاح قائم بعد الطلاق الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب لو جاءت بولد الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف ان من طلق امرأته ثلثا هل يقع ام لا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد قلنا هذا خلاف

وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لاحد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع

غير معتد به حتى لا يسع للقاضي ان يقضي به ولو قضى لا ينفذ ارأيت لو وطئها بعد العدة اكنا نسقط الحد عنه بقول من يقول لا يقع *

قوله وبائنا بالطلاق على مال وانما قيد البينونة بالمال لان البينونة اذا حصلت بدون المال فوطئها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام **قوله** والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ولان الثابت له يد الاستيفاء والاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من ماليتها فلم يصادف الوطئ محل الاستيفاء فلم تثبت شبهة المحل قياسا على الاجارة فان عقد الاجارة لما لم يفد ملك المنفعة بحال لم يورث قيام الاجارة في المحل شبهة حكمية فعلى هذا كان ينبغي ان يجب عليه الحد اشتبه اولم يشتبه كما في الجارية المستأجرة الا انه لا يجب عليه الحد اذا اشتبه عليه لانه اشتبه عليه ما يشتبه لان ملك

ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية اوامرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات

المال في الجملة سبب لملك المتعة ان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب الملك في حق المال فيشتبه عليه انه هل يثبت بهذا القدر ملك المتعة بخلاف الاجارة لان الثابت بالاجارة ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه ووجه رواية كتاب الرهن انه اذا وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه قياسا على ما لو وطئ امة اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال ويأخذ حقيقة الملك وقت الهلاك والجواب عن هذا ان البيع بخيار الشرط انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له سبب ملك المتعة بحال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة كذا في الذخيرة وذكر في الايضاح واما المرهونة اذا وطئها المرتهن وقال ظننت انها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن انه لا يجب عليه الحد وذكر في كتاب الحدود انه يحد ولا يعتبر ظنه لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطئ حاصلا في محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت *

قوله ولا يعتبر قول المخالف فيه وهو قول الروافض فعند الزيدية بايقاع الثلث جملة تقع

وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطى جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجده

قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه واذا وطى جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلاحد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطي جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع (محتمل فكانت شبهة اشتباه) الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي

واحدة رجعية وعند الامامية لا يقع شي ويزعمون انه قول علي رضي الله عنه فينبغي ان يصير ذلك شبهة في المحل كقول عمر رضي الله تعالى عنه في الكنايات الا انه قول مهجور مخالف لقول الجمهور فلا يؤثر في ايراث الشبهة في المحل فقد صح عن علي رضي الله تعالى عنه انه يقع الثلث جملة فيكون ذلك خلافا لا اختلافا اي قولا بلا دليل لا اختلافا ناشيا عن دليل فلا يعتبر*

قوله وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك فان مذهب عمر رضي الله عنه في ذلك انه تقع واحدة رجعية ايضا وابن مسعود رضي الله عنه معه في قوله امرك بيدك في انه تقع واحدة رجعية اذا نوى ثلثا **قوله** وولد ولده اي وان كان ولده حيا وفي خزانة الفقيه ابي الليث رحمة الله تعالى عليه اذا زنى بجارية نافلته والاب في الاحياء وقال علمت انها علي حرام لا يحد ويثبت النسب **قوله** والابوة قائمة في حق الجد في الكافي والجد كالاب لان الشبهة نشأت من جهة الابوة وهي قائمة لكن لا يثبت نسبه عند قيام الاب هذا مخالف ما ذكر في الخزانة

والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لاحد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور

قوله والفحل لم يدع في الظاهر اي في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الجارية ان ادعت الحل ولم يدع الفحل حد لان المرأة تابعة في فعل الزنا فالشبهة المتمكنة في جانب التبع لا تعتبر في جانب الاصل بخلاف ما اذا ادعى الرجل الظن لانه اصل في الفعل فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هناك ايضا واحد قلنا نعم كذلك الا ان سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الاهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة فلذلك اختص عدم الوجوب هناك بالصبية واما هنا عدم الوجوب على الجارية باعتبار الشبهة والشبهة اذ اتمكنت في فعل واحد من احد الجانبين يؤثر في الجانب الآخر لا محالة **قوله** وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا اي لا انبساط في المال فلم يكن الظن مستندا الى دليل فان قيل لم لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق من مال اخيه واخته لا يقطع قلنا لان بعضهم هناك يدخل بيت البعض من غير استيذان وحشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز واما ههنا فالحل دائر مع الملك او العقد ولم يوجدا لحل ولا شبهته فيجب الحد **قوله** ومن زفت اليه غير امرأته والمزفوفة وان كانت الشبهة فيها شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته الا ان الشارع انزل الاخبار بالملك كالمتحقق دفعا لضرر الغرور ولهذا قلنا بثبوت نسبه كمن اشترى جارية ووطئها ثم استحقت فانه يعتبر الملك كالثابت في المحل لدفع ضرر الغرور وكذا هنا

ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله لكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى فان احصانه لا يسقط عنده لانه بني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطئ حلالا له في الظاهر فلا يسقط احصانه ولكنا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر انما بقي اعتبار الظاهر في ايراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد كذا في المبسوط **قوله** وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم اي لا يصلح مجرد النوم على فراشه دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد **قوله** فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك ولو لم يقل انا زوجتك لكن اجابته بالفعل يحد كذا في الايضاح **قوله** وقال ابو يوسف

ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر

ومن اتى امرأة في الموضع المكروه اوعمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة

رحمه الله تعالى ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو

ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك اي عالما بالحرمة وان قال ظننت انها تحل لي لا يحد عندهما ايضا *

قوله ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج كالتفخيذ والتبطين **قوله** ومن اتى امرأة في الموضع المكروه فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وفي روضة الامام الزندوسي رحمه الله تعالى الخلاف في الغلام اما لو وطئ امرأة في الموضع المكروه منها يحد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او منكوحته لا يحد بلا خلاف **قوله** وقالا هو كالزنا فيحد اي يرجمان ان كانا محصنين ويجلدان ان كانا غير محصنين **قوله** لهما انه في معنى الزنا اي في المعنى الذي تعلق به الحد من كل وجه فيحد دلالة وهذا لان الحد انما وجب ثمه لانه قضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما وهي مثله في هذا بل ازيد فسفح الماء هنا ابلغ لانه يتوهم ان يكون

اندر وقوعا لانعدام الداعي من احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين

ذلك حرث الولد يعبد ربه ولا يتوهم ههنا فكان تضييع الماء هنا ابين والمحل انما يصير مشتهى طبعا بالحرارة واللين وانه مثل القبل في هذا وتمحض الحرمة هنا ابين لان تلك الحرمة تنكشف بكاشف كالنكاح والشراء ولا كذلك هنا وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه فعن الصديق رضي الله عنه يحرقان بالنار وعن علي رضي الله عنه يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين وعن ابن عباس رضي الله عنه ينكسان من اعلى المواضع ويتبعان بالحجارة وعن ابن الزبير رض يحبسان في انتن المواضع حتى يموتا نتنا وعن بعضهم يهدم عليهما الجدار ولا يظن بهم الاجتهاد في موضع النص فكان هذا اتفاقا على انها ليست بزنا ولا يمكن ايجاب حد الزنا بغير الزنا ولا يمكن الحاقها بالزنا بالدلالة لانها قصرت عنه في المعاني الداعية الى شرع الحد فلا يوجب الحد وهذا لان الحدود شرعت للزجر فلابد من وجود الداعي طبعا ليبعثه على الفعل فيشرع الحد زجرا الا ترى ان الحد شرع في شرب الخمر دون البول وان استويا حرمة لتباينهما داعيا فالرغبة في الزنا من الجانبين فيكثر وقوعه فيستدعي شرع الزاجر والرغبة هنا من جانب الفاعل فاما صاحبه ينبو عن هذا الفعل على ما عليه الجبلة السليمة فيندر وقوعها فلا يستدعي شرع الزاجر وفي الزنا افساد الفراش واهلاك الولد لان ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه دونها فنقاصرت عنه في المعاني الداعية الى شرع الزاجر فلا يلحق به خصوصا فيما يدرأ بالشبهات ولا يجوز جبر هذا القصور بزيادة الحرمة لان ذا يكون قياسا ولا مدخل له في الحدود فان قيل انما وجب حد الزنا بها لانها زنا ففي الحديث اذا اتى الرجل الرجل فهما زانيان ولانه فاحشة وهي فاحشة ايضا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وقوله تعالى اتأتون الفاحشة فكانت زنا قلنا هي ليست بزنا حقيقة

وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي

لانه ينفي عنه هذا الاسم فيقال لاط وما زنى واتفقت الصحابة رضي الله عنهم انها ليست بزنا لانهم عرفوا نص الزنا واختلفوا في موجبها *

قوله وما رواه اي الشافعي رحمه الله محمول على السياسة لانه امر بالقتل المطلق وذا يكون سياسة او على المستحل فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك **قوله** الا انه يعزر عنده لما بيناه وابو حنيفة رحمه الله يوجب التعزير عينا لانه ارتكب محظورا وانه ليس بزنا عنده فيجب التعزير عينا وللامام ان يقتله اذا اعتاد الفاعل او المفعول به ذلك **قوله** ولهذا لا يجب ستره اي ستر فرج البهيمة وذكر البهيمة بمنزلة ذكره ولهذا اضمره ولو كان في الطبع داع اليه لوجب ستر ذلك الموضع كالقبل والدبر **قوله** الا انه يعزر لما بيناه اشارة الى قوله ارتكب جريمة ليس فيها حد مقدر فيعزر **قوله** والذي يروى انه تذبح البهيمة روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه اتي برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار وهذا ليس بواجب عندنا وتأويله انه فعل كذلك كيلا يعير الرجل بها اذا كانت البهيمة باقية كذا في المبسوط ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق لما روي عن علي رضي الله عنه ولا تحرق قبل الذبح ويضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل عند ابي حنيفة رحمه الله لا تحرق بالنار وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه تحرق ويضمن ان كانت لغيره

ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي يعني اذا زني بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وقال ابو يوسف رحمه الله

قوله ثم خرج الينا واقر عند الامام **قوله** ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب اي لا يجب لانه بعث لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق ولان كل واحد يعرف انه لا يمكن اقامة الحدود في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد من عدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا خص موضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد **قوله** واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية اوزنى ذمي بحربية الخ الخلاف هنا في موضعين احدهما ان الحربي المستأمن او الحربية المستأمنة اذا زنيا لم يحدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله حدا والثاني ان تمكين المسلمة او الذمية من المستأمن يوجب الحد عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يوجب اما الكلام في الاول فالاصل عند ابي يوسف رحمه الله ان كل الحدود تقام على المستأمن والمستأمنة في دارنا الا حد الشرب وعندهما لا تقام

يحد دون كلهم وهو قوله الآخر لابي يوسف رحمه الله ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا فمحض الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل المستأمن زنا

على المستامن شيء من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تبتني على الولاية والولاية تبتني على الالتزام اذ لو الزمنا عليه حكما بلا التزامه لادى الى تنفره من دارنا وقد ندبنا الى معاملة يحمله الى ذلك على الدخول في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم واما في الثاني فالاصل ان الحد متى لم يجب على المرأة اصلا او تعذر استيفاؤه لم يؤثر في حق الرجل اجماعا فاما اذا لم ينعقد فعل الرجل موجبا لم يجب عليها وان كان لا مانع منها وان كان فعله موجبا ولكن بطل الحد لمعنى لا يمنع وجوب الحد عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يمنع لان فعل الرجل اصل وفعل المرأة تبع لانه الفاعل وهي محل الفعل والمحال في حكم الشروط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد ومتى لم ينعقد فعله موجبا للحد فما مكنت من فعل موجب للحد فلا يحد وانما الامتناع في

لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع

حق التبع لايوجب امتناعه في حق الاصل نظيره زنى عاقل بالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ لكونه اصلا وزنى صبي اومجنون ببالغة عاقلة فانها لاتحد لكونها تابعة ولابي حنيفة رحمه الله ان فعل المستأمن زنا بدليل انه لوقذفه قاذف بعد الاسلام لايلزمه الحد فصارت هي زانية بالتمكين من الزنا بخلاف الصبي والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لوقذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لانه مخاطب بالحرمات وان لم يخاطب باداء مايحتمل السقوط من العبادات الاترى ان الذمي يلزمه الحد ولايجب قبل الخطاب فثبت ان الكفر لايمنع من الخطاب بالحرمات وانما لم يقم عليه الحد لفقد شرط الولاية وهو الالتزام لالخلل في فعله فصار كانه زنى ثم غاب والمرأة تابعة في نفس الفعل دون حكم الفعل الاترى ان الرجل اذا لم يكن محصنا والمرأة محصنة يجلد الرجل ويرجم المرأة ولايصير ذلك شبهة في حقها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان فلم يكن فعلهما زنا •

قوله لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع اسم الحرمات يتناول المناهي نحو قوله تعالى ولاتقربوا الزنا وقوله ولاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان والصلوة والصوم فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلوة قال الله تعالى ماسلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين الآية قيل في التفسير من المسلمين المعتقدين فرضية الصلوة وقال تعالى وويل للمشركين الذين لايؤتون الزكوة اي لايقرون بها وهذا معنى قولنا ان الخطاب يتناولهم فيما يرجع الى العقوبة في الآخرة فاما في وجوب

على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لا نهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا تحد

الاداء فلا يعاقبون في احكام الدنيا مذهب العراقيين من مشايخنا ان الخطاب متناول لهم ايضا والاداء واجب عليهم فانهم لا يعاقبون على ترك الاداء اذا لم يكن الاداء واجبا عليهم فظاهر ما تلونا يدل على انهم يعاقبون في الآخرة على الامتناع من الاداء في الدنيا ولان الكفر رأس المعاصي فلا يصلح سببا لاستحقاق التخفيف به ومعلوم ان سبب الوجوب متقرر في حقهم وشرط وجوب الاداء التمكن منه وذلك غير منعدم في حقهم وصلاحية الذمة لثبوت الواجب فيها بسببه موجود في حقهم فلو سقط الخطاب بالاداء كان ذلك تخفيفا والكفر لا يصلح سببا لذلك ولا معنى لقول من يقول ان التمكن من الاداء على هذه الصفة لا يتحقق حتى لو ادى لم يكن معتدا به لانه متمكن من الاداء بشرط ان يقدم الايمان والخطاب به ثابت في حقه فهو نظير الجنب والمحدث يتمكن من اداء الصلوة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكنا من اداء الصلوة ويتوجه عليه الخطاب بادائها مع انعدام التمكن من الاداء باصراره على الكفر وهو جان في ذلك فيجعل التمكن قائما حكما اذا كان انعدامه بسبب جنايته الا ترى ان زوال التمكن بسبب السكر لا يسقط الخطاب وكذلك انعدام التمكن بسبب الجهل اذا كان عن تقصير منه لا يسقط الخطاب باداء العبادات فسبب الكفر اولى ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات

قوله على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا ان الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا وعند الشافعي رح مخاطبون بها بناء على ان الشرائع عنده من نفس الايمان وهم

وإذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلاحد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية اولكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد ٭

قال ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا يحد عليه وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا لا يتصور من الرجل الا بعد انتشار الآلة وذلك آية الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة

مخاطبون بالايمان فيخاطبون بالشرائع وعندنا الشرائع ليست من نفس الايمان وهم وان كانوا مخاطبين بالايمان فلا يخاطبون بالشرائع ٭

قوله وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلم يكن المرأة مزنيا بها كالمضروب والمقتول انما يتصف بهذا الوصف اذا كان الفعل الواقع عليه ضربا وقتلا وفعل الصبي والمجنون لا يكون زنا ولا يكون موصوفا بالحرمة وان كانا ممنوعين عن ذلك كيلا يتخلقا بذلك لان الحرمة انما تثبت بالنهي ولا نهي في حقهما فثبتت في حق المرأة شبهة الاباحة وان كان حراما والحد يدرأ بالشبهات وان كان الرجل بالغا عاقلا ففعله يكون زنا والمرأة وان كانت مجنونة او صبية يكون مزنيا بها لوقوع فعل الزنا عليها وان لم تكن معاقبة بعد ان يكون المحل صالحا لوقوع فعل الزنا فيه

وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعدما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك

قوله وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فللسلطان كان في زمنه قوة وغلبة بحيث لا يتجاسر احد على اكراه غيره وفي زمانهما ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيتحقق الاكراه من غير السلطان فافتى كل منهم بما عاين وفي زماننا ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيفتى بقولهما

قوله وعليه المهر في ذلك فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا اقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر بزعمها انها زانية ولا عقر لها قلنا لما سقط الحد بدعوى النكاح من الرجل وجب العقر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى في ابتداء [illegible] بدليل وجوب المهر في الموطوءة [illegible] وسقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر المحل

لا نه ضمان دم ولوكان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفي لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة ٭

قال وكل شيءٍ صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره

قوله لانه ضمان دم وهذا لان ضمان الدم انما يجب من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال فلا يكون سببا للملك ولان القيمة انما تجب بعد تقرر الجناية بعد الموت وبعد الموت لم يبق الميت قابلا للتملك ولوكان يوجبه فانما يوجبه في العين لا في منافع البضع لا نها استوفت والملك يثبت مستند افلا يظهر في المستوفي لكونها معدومة بخلاف ما اذا اذهب عينها بالزنا حيث تجب عليها قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك ثبت في الجثة العمياء وهو عين فاورث شبهة دارئة للحد اذ العين باقية فامكن ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت فان الملك في الجارية المقتولة ضروري ليصير الضمان ضمان معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقق سبب الضمان فلا يظهر في المنافع المستوفاة ولان في الجارية المقتولة بالزنا وجد الموجب للملك في الجارية وهو الضمان لا وجود الملك فيها حقيقة لعدم تصوره فلم يثبت في الجارية المقتولة بذلك الا شبهة الملك وعند حقيقة الملك في الجارية العمياء يثبت في المنافع المستوفاة منها شبهة الملك فعند شبهة الملك في نفس الجارية المقتولة تنزل الشبهة في المنفعة الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها

ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم

قوله ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد لان فائدة الاقامة الزجر والزجر باقامة الغير لا بفعل نفسه ولان اقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه اويقول ان الشرع ما جعل من عليه نائبا عنه فانعدم المستوفي فقلنا بانه لا يجب

قوله والقصاص والاموال منها اي من حقوق العباد فبهذا يعلم ان اشتراط قضاء القاضي في القصاص لتمكين الولي من استيفائه لا انه شرط لا يجوز بدونه والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قوله لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام هذا من صورة المسئلة لا من حكمها اي شهدوا بحد متقادم ولم يكونوا بعيدا عن الامام حتى لو كانوا بعيدا عن الامام فمنعهم عن اداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وان تقادم الزمان وانما اعاد لفظ الجامع الصغير في الكتاب لزيادة ايضاح في لفظه وهي تعدد ما يوجب الحد صريحا بالسرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة لفظ الحين الذي استند منه بعض المشايخ في قدرته

خلافا للشافعي رحمه الله تعالى هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين من اداء الشهادة والستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ٥

اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم ذكر في المبسوط لم احد بشهادتهم المشهود عليه ولا احدهم ايضا اي حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا ٥

قوله خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبر الشهادة في الحدود بالاقرار في ان التقادم لا يمنع فيه وزفر رحمه الله فبه يعتبر الاقرار بالشهادة في ان التقادم يمنع من قبولها وفي المبسوط وان اقر بزنا قديم اربع مرات اقيم عليه الحد عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقام اعتبارا لحجة الاقرار بحجة البينة فان الشهود كما ندبوا الى الستر فالمرتكب للفاحشة ايضا مندوب الى الستر على نفسه قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر يستره الله تعالى ولكنا نستدل بآخر الحديث حيث قال ومن ابدى لنا صفحته اقمنا عليه حد الله تعالى وهذا قد ابدى صفحته باقراره وان كان قد تقادم العهد والمعنى ما ذكر في الكتاب **قوله** ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين اي بين اجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا اجرا عند الله والاسم الحسبة بالكسر وهي الاجر والجمع الحسب كذا في الصحاح ٥

بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على مامر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة عن المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رحمة الله تعالى عليه حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد

قوله بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد هذا جواب اشكال يرد على قوله في حد القذف لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم وهو ان يقال الشهادة المتقادمة على السرقة تبطل ولا صحة لها بلا دعوى فقال الدعوى لا تشترط للحد لانه خالص حق الشرع وانما شرطت للمال فكان الاشتراط فيما يرجع الى المال لا فيما يرجع الى الحد ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى ان يجئ المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال ان يكون المسروق ملكه فيتوقف على حضور المالك فاذا لم يشهدوا في الحال صاروا متهمين وفي حد القذف لا تقبل في حق الحبس لان فيه حق العبد وفي حقوق العباد لا تقبل في حق الحبس كما في القصاص ولان الشهادة بسرقة متقادمة بطلت لبطلان الدعوى اذ المدعي يخير بين ان يحتسب بدعواه اقامة الحد فيبذل ماله في ذلك لتقام الحد ويبطل عصمة ماله وبين ان يختار الستر فيدعي مطلق الاخذ صيانة لماله فاذا اخر حمل على انه اختار حسبة الستر فاذا ادعى السرقة تمكنت التهمة في دعواه الا ان التهمة تعتبر في القطع لا في المال فيقضى بالمال لا بالقطع كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثم ... ولان الحكم يدار

لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمة الله تعالى عليه

على كون الحد حقا لله تعالى فلايعتبر وجود التهمة في كل فرد يعني اعتبر التقادم تهمة فيما هو حق خالص لله تعالى وحكمه الشيء يراعى في جنسه ولايراعى في كل فرد من افراد الجنس كما قلنا في السفر والاستبراء وشرعية النكاح اذ الفرد ملحق بالجملة وفي الجملة التأخير في حقوق الله تعالى مورث للتهمة وان كان في هذا الفرد غيرمورث لاجل الدعوى لكن لما كان القطع من حقوق الله تعالى يكون التأخير مانعا من القبول الحاقا للفرد بالجملة *

قوله لان الامضاء من القضاء في باب الحدود لان القضاء اما ان يكون لاعلام من له الحق بحقه او لتمكينه من الاستيفاء وذلك لايتصور في حقوق الله تعالى وكان المعتبر في حقوق الله تعالى هو الانيابة في الاستيفاء وانما يتم ذلك بحقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل الاستيفاء كالتقادم قبل القضاء والتقادم قبل القضاء مانع فكذا قبل الاستيفاء وذكر في الفوائد الظهيرية والفقة فيه ان المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له انه حقيق بالمشهود وافداره على استيفاء ما ادعاه وفي الحدود لاسبيل الى كل واحد منهما اما الاعلام فلأن المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى قال واقيموا الشهادة لله والله لا يخفى عليه خافية ونائبه القاضي وانه يستفيد العلم بالشهادة فلايمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضي بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء *

وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلاتتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامرأة لايعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته اوامته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد

قوله وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل مصر لان نصب المقادير بالرأي لا يمكن وعن محمد رحمه الله انه قدره بالشهر وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله فقال احسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا لان الشهر وما فوقه آجل وما دونه عاجل اصله مسئلة اليمين اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه **قوله** ولا معتبر بالموهوم لان الثابت عند الغيبة احتمال الدعوى وبحقيقة الدعوى تثبت الشبهة لان دعواه تحتمل الصدق والكذب وبالاحتمال تثبت شبهة الشبهة وهي غير معتبرة اذ اعتبارها يؤدي الى سد باب الحد وهو مفتوح فمايؤدي الى انسداده يكون مردودا ولان اعتبار الشبهة بالحديث بخلاف القياس ولا حديث في شبهة الشبهة فان قيل العفو اذا كان بين شريكين واحدهما غائب لايتمكن الحاضر من استيفائه لاحتمال العفو من الغائب قلنا العفو حقيقة المسقط فاحتماله يكون شبهة المسقط لاشبهة الشبهة

لانه لا تخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم تثبت لاختلافهم وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين

قوله لانه لا تخفى عليه امته او امرأته فان قيل قد تشتبه عليه امرأته بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا اشتبهت شبهة كون الموطوءة زوجته وصار معنى قوله لم اعرفها اي بوجهها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فجعل هذا كالمنصوص عليه بدلالة حاله بخلاف الشاهد لانه جاز ان يشهد على الغير عند الاشتباه كما جاز ان يشهد على الغير كاذبا فيتهم فيها فتبطل الشهادة **قوله** اختلف المشهود عليه اي المشهود به وبيان اختلاف المشهود به ان احد الفريقين اثبت فعل المكره والفريق الآخر اثبت فعل غير المكره ولا شك بان فعل المكره يغاير فعل غير المكره او اثبت احد الفريقين كل الفعل من الرجل لانه لا فعل للمكره حقيقة اذ هي محل الفعل وكذا حكما لانه لا اثم والفريق الآخر اثبت الشركة بينهما في الفعل ولا شك بان الفعل المشترك غير ما تفرد به الرجل وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة وليس على احدهما نصاب الشهادة **قوله** ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فكانا خصمين في اثبات ذلك الزنا لدفع جناية القذف عن انفسهما ولا شهادة للخصم وانه اسقط

في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر رحمه الله لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم اقام شاهدين انها زنت وهي مكرهة سقط الحد عن القاذف لسقوط احصانها بهذه الشهادة واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ولا يحد الشهود للقذف لقيام اربعة شهداء على مسمى الزنا ففات شرطه ـ

قوله في ذلك اي في اقامة الشهادة على اثبات الزنا بطريق الاكراه

قوله نظرا الى اتحاد الصورة اي صورة نسبة الزنا والمرأة اي واتحاد المرأة لان الكلام فيه فكانوا مثبتين زنا واحدا من هذا الوجه وهم اربعة وهي نصاب شهود الزنا فكان كلامهم شهادة من هذا الوجه ولم يكن قذفا فلا يحدون حد القذف

قوله معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية اي في غير الزاوية التي شهد بها الاثنان الآخران قوله وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن ولا يقال بان هذا احتيال لوجوب الحد لانا نقول هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن

وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس

واذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد هذا اذا كان البيت صغيرا فاما اذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصرين ولان التوفيق في باب الحدود مشروع الاترى انه لو شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة فهذه الشهادة مقبولة وتحمل شهادة كل واحد منهم بزنا يشهد به صاحبه وان لم ينصوا في شهادتهم على هذا الاتحاد مع ان احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا اربع مرات وشهد كل واحد منهم على زناه بها بزنا على حدة وفي ذلك لا يجب الحد على المشهود به فان قيل الاختلاف في تلك المسئلة مسكوت عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فجواز التوفيق هناك لا يلزم جوازه ههنا قلنا التوفيق مشروع فيما كان الاختلاف منصوصا عليه ايضا الاترى انه لو شهد الاثنان انه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان انه زنى بامرأة سمراء تقبل الشهادة وكذلك اذا شهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب احمر وشهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب اصفر وكذلك اذا اختلفوا في القصر والطول والسمن والهزال فان قيل التوفيق ممكن في مسئلة الاكراه والطواعية بان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طواعية فلم لا يحمل على هذا احتيالا لقبول الشهادة قلنا الزنا حقيقة وحكما لا يتفاوت بين ان يكون في هذه الزاوية من البيت او في تلك الزاوية فيصار الى التوفيق لاتحاد المشهود به حقيقة وحكما اما المشهود به في مسئلة الاكراه فمختلف حقيقة وحكما على ما مر فلا يصار الى التوفيق *

قوله بالنخيلة عند طلوع الشمس النخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والباء والجيم تصحيف بجيلة لانها اسم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لان دير هند ايضا موضع قريب من الكوفة واما ضم الباء فتحريف اصلا كذا في المغرب *

واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهد وابذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فتثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رحمة الله تعالى عليه بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده

قوله واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند اي في يوم واحد
قوله درئ الحد عنهم اي عن المشهود عليهما وعنهم اي عن الشهود
قوله والعبد ليس باهل للتحمل والاداء اي ليس باهل لتحمل يتعلق به حكم ولهذا لا ينعقد النكاح بحضرة عبدين اما لو تحمل العبد الشهادة ثم عتق فادى تقبل شهادته **قوله** لان الزنا يثبت بالاداء اي يظهر عند الامام باداء الشهود شهادة ولا اداء للعبد والعميان والمحدودين في القذف لانعدام الولاية فلا تنقلب شهادتهم قذفا لانهم نسبوه الى الزنا ولم يكن نسبتهم الى الزنا شهادة فكانت قذفا صورة

وان نقض عدد الشهود عن اربعة حد والانهم قذفة اذ لاحسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة من القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رضي الله تعالى عنه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم

وذكر الامام قاضي خان رحمة الله تعالى عليه والكلام يبتني على معرفة الشهود تقول الشهود ثلثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية الاداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف

قوله وعندهما يضمنون اي ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات

قوله فيضمنون بالرجوع لانه ظهر كذبهم في شهادتهم فاما اذا وجدوا احدهم عبدا او كافرا او محدودا في قذف فلا يمكن ايجاب الضمان على الشاهد لانه لم تبين كذبه لان العبد والكافر والمحدود في القذف قد يكونون عدولا في قولهم وعندهما وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت بشهادتهم والشهادة انما يثبت بقضاء القاضي الا انه لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي ايضا لانه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به

وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد

على من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة لان الحدود شرعت زواجر لينزجرا لعوام عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فان كانت المنفعة تعود اليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة ولابي حنيفة رحمه الله ان الجرح ليس من موجبات الشهادة لان الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المأمور به لا الجرح ولا القتل لكن الجرح انما افضى اليه الشهادة وما افضى اليه الشهادة لا ضمان فيه كما اذا شهدوا بنسب فمات المشهود عليه فورثه المشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ماورث لان الارث ليس من موجبات الشهادة فيكون الجرح والموت مقصورا على الضارب لا يتعدى الى الشاهد ومع ذلك لا يضمن الضارب في الصحيح كيلا تتعطل اقامة الحد بخلاف الرجم والقصاص لانه يضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لما ذكرنا انه لم يظهر كذبهم في الشهادة *

قوله وصار كالرجم والقصاص فانه لو شهد الشهود فرجم او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية واما اذا ظهرا حدهم عبدا ففي القصاص والرجم تجب الدية في بيت المال

قوله الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح ذكر في مبسوط فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه قال وقال بعضهم يجب الضمان على الجلاد ... بهذا الوجه لانه امر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا ... على هذه الوجوه فقد وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان

لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك اذ لم تحد ايضا معناه شهد واعلى ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفرع في عين هذه الحادثة اذهم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة رجل بالزنى فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله تعالى وقال زفر رحمة الله تعالى عليه لا يحد

قوله لما فيها من زيادة الشبهة لتمكنها في موضعين في تحميل الاصول وفي نقل الفروع والكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيها زيادة ونقصان **قوله** ولا ضرورة الى تحملها لانه يمكن ان يحضر الاصول فيشهدوا **قوله** اذ هم قائمون مقامهم اي الفروع قائمون مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع رد الشهادة الاصول وذلك لان في الموضع الذي تقبل شهادة الفروع تقبل شهادة الاصول ايضا ففي الموضع الذي يرد يتعدى رده الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وكل شهادة ردت في حادثة لا تقبل في تلك الحادثة ابدا كالفاسق اذا ردت شهادته لفسقه لا تقبل شهادته في تلك الحادثة بعد التوبة بخلاف العبد اذا ردت شهادته ثم عتق تقبل شهادته في تلك الحادثة لانه ليس للعبد شهادة بل له خبر ورد الخبر لا يوجب رد الشهادة فاما الفاسق فله شهادة بدليل انه بعد الرجم لو ظهر الشهود فسقة لا ضمان على احد ولو ظهر انهم عبيد او كفار تجب الدية على بيت المال من قبل القاضي اذ رد شهادة الفروع

لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رحمه الله تعالى حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء

في المال بفسقهم ثم قدم الاصول وشهدوا تقبل شهادتهم قلنا القاضي انما رد شهادة الفروع في المال بفسقهم حقيقة لانهم الذين شهدوا الا انه تمكن شبهة الرد في شهادة الاصول لتعليم شهادة الفروع فصار الثابت في حق الاصول شبهة الرد والشبهة تمنع القضاء بالحدود دون المال وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله واورد الفروع في المال لتهمة تقبل شهادة الاصول لانه ما رد شهادتهم حقيقة ولو ردوا لتهمة الا وابن لم تقبل ابدا من الاوابن ولا من الفروع ولو ردوا لرق الا وابن او لكفرهم ثم اعتقوا واسلموا فشهدوا بذلك جازت **قوله** لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث **قوله** ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان الرجوع تفسيخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت كمن قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق عند الدخول يصير ذلك الكلام طلاقا الا ان تبين انه كان طلاقا لان صيرورته طلاقا باعتبار وصوله الى المحل مقصورا على الحال فاذا ثبت انه انما يصير كلامه في الحال قذفا للمقذوف في الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد فان قيل هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يحد فكيف يحد هؤلاء قلنا انه مرجوم بحكم

ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله يحد الراجع خاصة لانه لايصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون وان كانوا خمسة فرجع احدهم لاشئ عليهم لانه بقي من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع الآخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ماعرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابويوسف ومحمد رح بيت المال

الحاكم لشهادتهم وهو يزعم بالرجوع ان شهادتهم ليست بحجة فانفسخ الحكم في حقه لان زعمه معتبر في حقه فلا يصلح شبهة بخلاف قاذف آخر لان المرجوم غير محصن في حق غير الراجع لبقاء القضاء والشهادة في حقه اذ الرجوع عامل في حقه لا في حق غيره فان قيل اكثر ما فيه انه مقر بانه كان عفيفا ولو قذفه انسان ثم كذب نفسه وقال كان عفيفا لايقام عليه الحد ايضا قلنا نعم القاذف وان اكذب نفسه فالحجة المسقطة للاحصان بقيت كاملة فاما اذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطة للاحصان كاملة في حقه فلهذا يقام عليه الحد ٭ قوله ولهما ان الامضاء من القضاء وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسئلة التقادم وذكر الامام التمرتاشي رح ولهما ان القضاء في الحدود هو الامضاء فان القاضي لايحتاج ان يقول قضيت بالرجم او بالجلد حتى ان اسباب الجرح او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي لو اعترضت يمنع الامضاء فصار الرجوع قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء قوله فان كانوا خمسة عطف على قوله واذا شهدا اربعة على رجل بالزنا فرجم قوله اما الحد فلما ذكرنا

وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصاركما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينما اذا شهدوا بلفظ الشهادة اواخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالواهم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولاضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق

اشارة الى قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع فان قيل اما الاول حين رجع لم يجب عليه الحد ولاضمان فلو لزمه ذلك انما يلزمه برجوع الثاني ورجوع غيره لايكون ملزما اياه شيئا قلنا لم يجب لالانعدام السبب بل للمانع وهو بقاء حجة تامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر في حقه لابزوال المانع •

قوله وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وليس المراد بقوله وقيل اشارة الى القولين لكن المراد به بيان محل الخلاف **قوله** فكانت التزكية في معنى علة العلة وهذا لان التلف حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لانهم الزموا القاضي القضاء والشهادة انما تعمل بالعدالة وهي تثبت بالتزكية وكانت التزكية كعلة العلة للتلف وهي كالعلة في اضافة الحكم اليها كما في الرمي وسوق الدابة وهذا تعذر ايجاب الضمان على الشهود لان [illegible] ثم

وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه

لم يقع شهادة ليضاف الحكم اليها ولان العبد قد يكون عدلا والمجوس قد يكونون صدقة ولم يعرف منهم الكذب فيضاف الى التزكية بخلاف شهود الاحصان لانه عبارة عن الخصال الحميدة وهي لا تصلح سببا للعقوبة ولا علة الا ترى ان الشهادة على الزنا بدون الاحصان توجب العقوبة فشهود الاحصان ما جعلوا غيرا لموجب موجبا اما الشهادة بدون التزكية لا يوجب شيئا وسبب الاتلاف الشهادة وانما صارت حجة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وقوله الاحصان محض الشرط لعله اراد به العلامة لما عرف في اصول الفقه ان الاحصان علامة لان الشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقادها علة على وجوده كدخول الدار في تعليق الطلاق والعتاق به ولا يتوقف الزنا في انعقاده علة لوجوب الرجم على الاحصان بعد ذلك فلا يكون شرطا ولكن الاحصان عبارة عن حالة في الزاني يصير الزاني بتلك الحالة موجبا للرجم والحكم غير مضاف الى الحال ثبوتا به ولا وجودا عنده فتكون علامة محضة لوجوب الرجم عند وجود الزنا.

قوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة فان صورة القضاء يكفي لاثبات الشبهة لانه لو كان حقا كان مبيحا للدم فبصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في اسقاط الحد ولهذا لا يوجب القصاص على الولي اذا جاء المشهود بقتله حيا **قوله** ... على دليل مبيح وهو قضاء القاضي **قوله** لانه وجب بنفس القتل الاصل ان كل

ولو باشر بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة

دية وجبت بنفس القتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد يجب في ثلث سنين بقضية عمر رضي الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية في ماله في ثلث سنين بخلاف بدل الصلح عن القصاص فانه يجب حالا لانه ما وجب بنفس القتل ه

قوله ولو باشره بنفسه اي لو باشر الامام الرجم بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا وهو قوله قبل هذا بورق في هذا الباب لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم **قوله** لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون جز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه **قوله** وقالوا تعمدنا النظر اي الى موضع الزنا من الزانيين **قوله** لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة لان تحمل الشهادة مأمور به قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله واقامتها لا تتحقق بدون النظر اليه عمدا اذ لا يصح التكليف مع الستر والحجر مع هذا الامر يجوز اختيار جانب الستر في الحد ولذلك قيل بالاباحة دون الوجوب وفي الجامع الصغير لشمس الائمة رحمه الله قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم بالنظر الى عورة الغير قصدا ولكنا نقول النظر الى العورة عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة والشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا

والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي رح فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رح يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة

قوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة الاترى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب **قوله** فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم يعني ان الزاني لو كان مملوكا للذمي وذلك المملوك الزاني مسلم فشهد على الزاني ذميان ان مولاه الذمي كان اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة ولكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله **قوله** ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة وهي مانعة عن الزنا لما مر فيستحال ان يكون سببا لوجوب عقوبة لان سببها جناية لامحالة وليس بشرط فضلا عن ان يكون في معنى العلة لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود احصان ثبت بعد الزنا فانه لا يرجم وان صار محصنا بعد الزنا ولكنه اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فاما ان يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاده علة على احصان بعده فلا وانما للمعرف حكم العلة بوجه وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة

بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت [illegible] وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافاً لزفر رحمه الله وهو فرع ما تقدم والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد

قوله بخلاف ما ذكره اي زفر رحمه الله تعالى اي ليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق لانها لا تقوم على وجه يتضرر به المسلم او نقول العتق لم يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وتحقيقه ان الخصوص هناك في المشهود عليه فان شهادة النساء في غير الحدود والقصاص تقبل فلما لم يكن المشهود به ههنا سببا موجبا للعقوبة قبلت شهادتهن ٭

قوله وهو فرع ما تقدم ان الاحصان شرط في معنى العلة فشهوده بمنزلة شهود العلة فيضمنون اذا رجعوا وعندنا في معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عندنا لو [illegible] فكيف اذا كان الشرط بمعنى العلامة والله اعلم بالصواب ٭

باب حد الشرب

قوله او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك اي بالسكر من الخمر [illegible]

وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل (شعر)

يقولون لي انكه شربت مدامة
فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

قوله وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب رائحتها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى اي لا يحد ايضا عندهما يشترط الرائحة في الشهادة والاقرار غير ان الرائحة تشترط عند تحمل الشهادة حتى لو كان موجودا عند الاخذ وانقطع قبل ان ينتهوا به الى الامام حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله **قوله** غير انه مقدر بالزمان عنده وهو الشهر **قوله** والرائحة قد تكون من غيره فان من استكثر اكل السفرجل توجد منه رائحة الخمر كما قيل (شعر)

يقولون لي انكه شربت مدامة
فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

وقيل (شعر)

سفرجلة تحكي ثدي النواهد
بها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

يقال استنكهت الشارب ونكهته تشممت نكهته اي ريح فمه ونكه الشارب في وجهي ايضا اذا تنفس يتعدى ولا يتعدى وهو من باب منع

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم به في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ ونبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها

قوله وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه وهو انه جاء رجل يقال له هزال بابن اخ له الى ابن مسعود رض وقال انه شرب الخمر واقر به ابن اخيه فقال له ابن مسعود رضي الله عنه بئس ولي اليتيم انت لا ادبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال خذوه وتلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه فان قيل هذا استدلال بنفي الحكم عند عدم الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم على اصلنا قلنا لا بل هذا استدلال بعدم الاجماع لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة فعند عدمها لا اجماع فلا يحد فان قيل ان لم يوجد الاجماع فقد وجد النص وهو قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه بلا تقييد اشتراط الرائحة قلنا حصل منه الشرب اضطرارا او اكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح الجواب الحد **قوله** ومن سكر

لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار فلا يحد السكران حتى يعلم
انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك
وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود
الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم
يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد
رحمة الله تعالى عليه انه لا يجرد اظهار اللتخفيف

من النبيذ اي النبيذ الذي غلا واشتد فاسم النبيذ يقع على نبيذ التمر والزبيب فما دام حلوا
يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام حلوا
واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقول ابي يوسف
رحمه الله الآخر يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل ه
قوله لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله ان التمييز بين
الروائح ممكن للمستدل قلنا التميز ممكن لمن ما بين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه
او نقول الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه
الاستقصاء **قوله** لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج وفي الجامع الصغير للامام
المحبوبي رحمه الله وعن ابي حنيفة رح من زال عقله بالبنج ان علم انه بنج حين اكل
يقع طلاقه وعتاقه وان لم يعلم لا يقع **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غير الخمر فان وجوب
الحد في الخمر غير موقوف الى وجود السكر بل يجب الحد بشرب قطرة منها كذا ذكره
الامام التمرتاشي رحمه الله قوله لاجماع الصحابة رضي الله عنهم روي ان الصحابة
اختلفوا في حد الخمر فقال كل واحد منهم ما بدا له فقال علي رضي الله عنه اذا سكر هذى
واذا هذى افترى وحد المفترين في كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوا واتفقوا

لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا ظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبد فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال

على ذلك فصار ذلك اجماعا فان قيل استدلال علي رضي الله عنه يتاتى في حد السكر اما في الخمر كيف يستدل به والحد لم يتعلق بالسكر منه قلنا في الخمر يدعو قليله الى كثيره فكان سببا للسكر غالبا وقيل ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء تزيد على لذته في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاكثار منها ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا اصاب منها شيئا

قوله لانه لم يرد به نص اي نص قاطع **قوله** انا ظهرنا التخفيف مرة اي من حيث العدد لم نجعله مائة كما في حد الزنا مع ان الالحاق به اولى لان دليل كل واحد منهما قطعي فلا يعتبر ثانيا اي فلا نخفف ثانيا من حيث الصفة بترك التجريد بل يجرد

قوله ومن اقر بشرب الخمر او السكر في النهاية بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد هو في الاصل مصدر سكر من الشراب سكرا وسكرا وفي المستصفى في قوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين هو السماع وهو عصير الرطب اذا اشتد ولم يرد به هذا الخاص بل المراد به سائر المسكرات التي توجب الحد سوى الخمر وانما خصه لانه الغالب في بلادهم وجاز ان يراد به السكر وعلى التقديرين لا بد من الاضمار فان بمجرد الاقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يدل انه سكر من الاشربة المحرمة وكذا بمجرد الاقرار بشرب السكر لا يجب الحد ما لم يوجد السكر

لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة وقال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفة رحمه الله

قوله لان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى ان تضل احدىهما فتذكر احدىهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم **قوله** والسكران الذي يحد اي السكران الذي سكر بشرب غير الخمر من الاشربة المحرمة لان في شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحد على وجود السكر ثم قوله والسكران الذي يحد الى قوله قال رضي الله عنه انما خص المصنف رح بان هذا قول ابي حنيفة رح لان الذي ذكره من قوله والسكران الذي يحد الى هذا لفظ الجامع الصغير من غير ذكر الخلاف فبين المصنف رحمه الله بهذا ان هذا قول ابي حنيفة رحمه الله لا قول الكل وذكر في الفوائد الظهيرية قال ابو حنيفة رحمه الله السكران هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجال من النساء ولا الارض من السماء والفرس من القباء وعندهما ان يهذي ويختلط كلامه ويتمايل في مشيته وعن ابن الوليد سألت ابا يوسف رحمه الله عن السكران الذي يجب عليه الحد قال ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت كيف عينت هذه السورة وربما اخطأ فيه الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي ان امير بلخ انفذ اعلى استقراء هذه السورة ثم ان بعض الشرط اتى بسكران امير البلخ فامر الامير ان يقرأ هذه السورة فقال له السكران اقرأ انت سورة الفاتحة اولا فلما قال الامير الحمد لله فقال له السكران قف قد اخطأت من وجهين احدهما انك [illegible] في افتتاح القراءة والثاني انك تركت التسمية وهي آية من اول الفاتحة

وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ رح وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءً للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه

عند بعض الائمة والقراء فخجل الامير وجعل يضرب الشرطي ويقول امرتك ان تأتيني بسكران فاتيتني بمقرئ بلخ *

قوله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه اي يكون غالب كلامه الهذيان **قوله** وما دون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو يعني انه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات **قوله** والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع وهو قوله هو الذي يهذي ويختلط كلامه اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم منه الهذيان واختلاط الكلام يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا من الاعلى فيه وهو ما قاله ابوحنيفة رحمه الله في حده **قوله** وهذا مما يتفاوت اي ظهور الاثر في المشية مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما [illegible] فيرى التمايل منه فلم ينهض ظهور الاثر دليلا على السكر **قوله** ولا يحد السكران باقراره على نفسه اي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر [illegible]

كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله تعالى اعلم بالصواب ۰

الذي فيه حق العبد كحد القذف فانه يحد باقراره وان كان اقراره في حال سكره وذكر الامام قاضي خان رحمه الله ويؤخذ باقراره فيما سوى الحدود الخالصة لله تعالى من الحقوق والحدود الواجبة للعباد كحد القذف عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون سوطا فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فاذا وجبت عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره وذكر في الذخيرة وهذا في الاقرار واما اذا زنى او سرق حال سكره يحد به بخلاف الاقرار بهما في حال السكر حيث لا يحد لان الاقرار يحتمل الانشاء وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد ۰

قوله كما في سائر تصرفاته من الاقرار بالمال والطلاق والعتاق **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين امرأته منه هذا جواب الاستحسان وفي القياس تبين امرأته كذا في سير المبسوط **قوله** لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر فان قيل الاسلام ايضا من باب الاعتقاد فيصح اسلام الكافر حالة السكر قلنا السكران مع سكره غير خال عن نوع تمييز له بدليل توجه الخطاب اليه وصحة وقوع طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته لما ان السكر يختلط عقله ولا ينفيه ولما كان كذلك اعتبرنا ذلك القدر في صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلو ولا يعلى كما في ارتداد المكره واسلامه حيث يصح اسلامه ولا يصح كفره والله اعلم ۰

باب حد القذف

واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا وتشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا ه

قال يفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا

باب حد القذف

قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا وامرأة محصنة بصريح الزنا ذكر الرجل ليس بقيد واحترز بقوله بصريح الزنا عما اذا كان القذف بطريق الكناية بان قال رجلا محصنا يازاني فقال الآخر صدقت لم يحد المصدق ولا يشكل على قوله رجلا محصنا اوامرأة محصنة قذف الاخرس المحصن والخرساء المحصنة لاحتمال التصديق منهما لو كانا ينطقان اولاحتمال ان يكون . طالبتهما تصديقا فلا يحد مع الشبهة **قوله** وطالب المقذوف لايقال مطالبة المقذوف ليس بشرط لانه يحد القاذف بمطالبة من يقع القدح في نسبه اذا كان المقذوف ميتا لانا نقول لما قام مقامه اخذ حكمه نسبت مطالبته اليه اولان من يقع القدح في نسبه مقذوف ايضا فتحقق مطالبة المقذوف فان قيل المغلب فيه حق الله تعالى فكان ينبغي ان لا تشترط مطالبة العبد كما لا يصح عفوه قلنا حق العبد وان كان مغلوبا فيه فعليه ان تشترط مطالبته احتيالا لالدرء الحد **قوله** لما مر في حد الزنا وهو سواء لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف

تمم

ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا تقام عليه الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لايلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لايلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبابه وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه

قوله لان سببه غير مقطوع به لانه يحتمل ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لان اثبات الزنا بالبينة على الوصف المشروط فيه لايكاد يحصل فلهذا خفف ولم يقم على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد من ثيابه لان سببه معاين بالبينة او بالاقرار قوله فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان فان قيل قال الله تعالى فاذا احصن المراد منه الاماء قلنا اريد بالمحصنات الحرائر فشرطنا الحرية احتيالا للدرء قوله ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك اي لست لا صلك الذي خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا فان قيل جاز ان لايكون ثابت النسب من ابيه ولايكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة قلنا وجوب

ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الامن يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد

الحد هنا بطريق الاستحسان لا بطريق القياس وذكر في المبسوط ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه ولانها اذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت هي زانية فعرفنا انه بهذا اللفظ قاذف لامه والى هذا المعنى اشار في الكتاب بقوله لان النسب انما ينفى عن الزاني لا من غيره فان غير الزاني عام جاز ان يكون زوج امه او من وطئ امه بشبهة في عدته فولدته امه كما ذكرنا فيثبت منهما النسب ولما نفى القاذف نسبه مطلقا علم ان مراد القاذف ليس غير الزاني بل مراده الزاني لان الزاني لا نسب له اصلا ولكن هو غير معين فلا يحد بسببه ولكن يحد بسبب امه لانه لما كان الرجل الذي نفي عنه النسب زانيا كانت امه زانية لا محالة فيجب الحد بسببها اذا كانت محصنة فان قيل هذا كناية في القذف فينبغي ان لا يحد قلنا وجوب الحد بالاثر ونقول عدم وجوب الحد في الكناية لاستتار المراد ما اذا لم يكن مستترا فالكناية بمنزلة الصريح كما لو قال للقاذف هو كما قلت فانه يحد به وان لم يكن صريحا ه

قوله ولو نسبه الى جده لا يحد لانه قد ينسب اليه مجازا قال الله تعالى كما اخرج ابويكم وكذا اذا نسبه الى خاله او عمه او زوج امه لا يحد لان كل واحد منهم يدعى ابا قال الله تعالى ورفع ابويه على العرش قالوا هي خالته وابوه وقال عليه السلام الخال اب وقال الله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسماعيل كان عماله قال الله تعالى ان ابني من اهلي وقيل انه كان ابن امرأته

لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متنا ولا له معنى وعند الشافعي رح
يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على مانبين انشاء الله تعالى
وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم
عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله
ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله واذا كان المقذوف محصنا جاز
لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر رحمه الله هو يقول القذف يتناوله معنى
لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا صورة
ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب
الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال

قوله لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فان قيل ينبغي ان يكون له ولاية المطالبة حاضرا
كان المقذوف اوغائبا حيا كان او ميتا كما اذا مات بعد القذف قلنا لم يوف يلحقه العار قصدا
وهؤلاء ضمنا فلا تعتبر خصومتهم مادام المقذوف حيا لان ماثبت في ضمن غيره لايعطى له
حكم نفسه واذا مات بطل المتضمن فبطل مافي ضمنه بخلاف ما اذا قذف ميتا محصنا
فان الميت ليس باهل للحوق العار به فعود الى من يقع القدح في نسبه بقذفه قصدا فيثبت
له ولاية المطالبة **قوله** ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رح له انه منسوب
الى ابيه لا الى امه ولنا لحوق الشين بزنا الام لان النسب يثبت من الجانبين ويصير الولد
به كريم الطرفين فكان القذف متناولا **قوله** ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر
رحمه الله له ان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع
بقاء الولد كولد المقذوف مع بقائه واحد وهذا بطلب الاخ فانه لاخصومة فيه للابعد
مع بقاء الاقرب قلنا ان حق الخصومة باعتبار لحوق العار وذا موجود في حق ولد الولد

ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك

والحق ليس بطريق الارث حتى يعتبر القرب بخلاف المقذوف فان حق الخصومة باعتبار نيل القاذف من عرضه وذا لا يوجد في حق ولده ولان مساهلته توهم تصديقه لانه اعلم بما جرى عليه من ولده وبخلاف الكفاءة لانه لا ولاية للابعد مع وجود الاقرب ه

قوله ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده وهذا لان القذف يتناول الميت صورة ويتناوله معنى بالتعدي اليه والشيء اذا تعدى عن محل الى محل يتعدى على الوصف الذي كان ثابتا في ذلك المحل فاذا كان المقذوف محصنا تعدى اليه بصفة الكمال وان كان المقذوف غير محصن لم يكن التعدي بصفة الكمال فاعتبر كمال الحال في حق من يتناوله القذف صريحا ليكون التعدي كاملا في حق من يتناوله معنى **قوله** وكذا الاب

تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ماللعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيابه ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذالارث يجري في حقوق العباد لافي حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لايجري وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في العفو مثل قول الشافعي رحمه الله ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام

بابنه ذكر حكم الوالد دون الوالدة والحكم لايختلف فيهما وذكر في قتال الكفاية لايحد الاصول بقذف الفروع لانه لايقتل لهم فلان لايحد اولى ه

قوله تشهد الاحكام فمما يدل على انه حق العبد انه لا يسقط بالتقادم ويقيمه القاضي بعلم نفسه ولايصح الرجوع عنه بعد الاقرار ويقام على المستأمن في دار الاسلام وتشترط فيه الخصومة ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة ولايبطل مع الرجم ومما يدل على انه حق الله تعالى انه لا يباح بالاباحة ... ولا يحلف القاذف فيه ولا ينقلب مالا عند سقوطه و ينتصف بالرق **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد المراد به صدر الاسلام ابواليسر رحمة الله تعالى عليه **قوله** وخرج الاحكام اي اجاب عن الاحكام التي تدل على انه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا وذكر الامام صدر الاسلام رح في مبسوطه ان اصحابنا ان المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله لان محمدا رحمه الله نص في الاصل ان حد القذف حق العبد

والاول اظهر

قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ماهو خالص حق الله تعالى لانه لامكذب له فيه ومن قال للعربي يانبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا

كالقود واكثر الاحكام يدل عليه وذكر في جامعه الصغير وانما جعل الاقامة الى الامام لان الضرب غير مقدر في نفسه فلو جعل الاقامة اليه لزد على ماهو المعهود فيؤدي الى التلف فجعل الاقامة الى الامام بطريق المصلحة وقال فيه ايضا ثم انه لا يورث عند اصحابنا مع انه حق العبد كما لا يورث حق الشفعة وخيار الشرط لما ان الارث انما يجري في الاعيان قال ع م من ترك مالا فلورثته وهذا لان المال يبقى بعد موت المورث ويفضل عن حوائجه فلابد من ان يصرف الى اقرب الناس اليه وهم ورثته اما حق القذف فليس بملك عين ولا في معنى ملك العين بل هو ملك الفعل وهو ملك الضرب والفعل لا يبقى فملك الفعل لا يبقى ايضا ولهذا قلنا ان حق الشفعة لا يورث لانه ملك فعل وهو حق الفسخ بخلاف القصاص حيث يورث لانه في معنى ملك العين لانه يملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيخلف الوارث في حق استيفاء القصاص ‌.

قوله والاول اظهر وهو ان الغالب فيه حق الله تعالى اظهر واشهر وعليه عامة اصحابنا رحمهم الله‌. النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطي فهم ممن يذم بالنسبة اليهم قال ابن ابي ليلى اذا قال العربي يا نبطي او قال لست من بني فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحد لانه نسبه الى غير ابيه قلنا يراد به النسبة الى الجهل والمكنة لا النفي عن الاب عادة كمن قال لمصري يارستاقي او يا قروي فانه لم يجب عليه

ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان نسبه الى عمه اوخاله اوالى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى نعبد الٰهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحٰق وا سماعيل كان عماله والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة وقالت امرأة من العرب

وارق الى الخيرات زناء في الجبل

وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت ۔

شيء كذا هنا وعن ابن عباس رضي الله عنه انه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يانبطي فقال لا حد عليه وماء السماء هو لقب عامر بن حارثة الازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر اي عطاء وجودا واما المنذر بن امرء القيس فكانت يسمى ماء السماء لجمالها وحسنها وقيل لولدها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق ۔

قوله وذكر الجبل يقرره مرادا لانه قرينة الصعود وبهذا لو قال زنأت في الجبل لا يحد وحرف في لانها في الصعود كما في قول الشاعر

وارق الى الخيرات زناء في الجبل

وكما في قوله تعالى، كاسا يصعد في السماء وحقيقة ما نوى ان لم يثبت يورث الشبهة

وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه
ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه
ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زاني اذ هي
كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني
ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان
وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداءة بالحد ابطال اللعان لان المحدود
في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد
ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك
في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان
لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت

قوله وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على فان قيل
في تجيء بمعنى على قال الله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اي عليها قلنا الحق
انها على حقيقتها لتمكن المصلوب في الجذع تمكن الكائن في الظرف فيه فان قيل
الكلام فيما اذا ادعى ارادة الصعود وبالارادة تترك حقيقة الكلام الى ما يحتمله
ولا خفاء في الاحتمال قلنا لما ثبت ان ظاهره للفاحشة كان قذفا حقيقة ودعوى المجاز
غير مسموع منه كما لو قال زنيت وقال عنيت به الزنا فيما دون الفرج
ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يجب لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا
بكلمة على وقيل يجب للمعنى الذي ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب
والسباب تعين الفاحشة مرادا

زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا اولاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة معها اولاد لا يعرف لهم اب اوقذف الملاعنة بولد والولد حي اوقذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لااب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولوقذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا

قوله زناي ما كان معك بعد النكاح اطلق لفظ الزنا على الوطى الحلال على طريق المشاكلة كما في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لا على تحقق الزنا فعلى هذا لا تكون مصدقة لزوجها فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان **قوله** فجاء ما قلنا اي وقوع الشك في الحد واللعان فبطلا **قوله** واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد جواب لقائل لما وجب اللعان ينبغي ان يقطع النسب اي ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجودا وعدما الا ترى انه اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولده من امرأته الامة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان **قوله** ففاتت العفة نظرا اليها اي الى ولادة ولد لااب له ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا فان قبل اللعان في

قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطئ المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطئ في غير الملك من كل وجه ومن وجه حرام لعينه وكذا الوطئ في الملك

جانبها قائم مقام حد الزنا فكانت محدودة في الزنا فوجب ان لا يحد قاذفها قلنا اللعان في جانبها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره الا ترى ان اللعان قائم مقام حد القذف في حقه بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها حتى قلنا بشهادته اونقول اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا وقائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف *

قوله ومن وطئ وطئا حراما نحو ان تزوج امرأة نكاحا فاسدا متفقا على فساده فوطئها وهو يعلم بذلك اولا يعلم او وطئ جارية مشتركة او وطئ جاريته ثم استحقت منه وهو لا يعلم انها لغير البائع اووطئ بنكاح ثم علم ان المرأة ممن لا يحل له نكاحها **قوله** في غير ملكه اي من وجه اومن كل وجه احترز به عما اذا اتى امة وهي مجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له ولا يسقط احصانه لان الوطئ وان كان حراما الا انه في ملكه **قوله** فالوطئ في غير الملك من وجه كوطئ الجارية المشتركة اومن كل وجه كوطئ الاجنبية واندا سوينا في حق سقوط الاحصان لان حد القذف عقوبة يسقط بالشبهة فمصير الزنا من وجه شبهة مانعة وجوبه كما يصير عدم الزنا من وجه شبهة مانعة وجوب حد الزنا

والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد بيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رحمه الله ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان الملك زائل في حق الوطئ ولهذا يلزمه العقر بالوطئ ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا ومات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم

قوله والحرمة مؤبدة كامته التي هي اخته رضاعا **قوله** وابو حنيفة رحمه الله يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة الاب بملك النكاح او بملك اليمين ثم اشتراها ابنها فوطئها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة وطئ المنكوحة بلا شهود فان حرمتها ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهذا الحديث مشهور ذكره في الفوائد الظهيرية لان التحريم المؤبد ينافي ملك المتعة وان لم ينافِ ملك الرقبة فيصير الوطئ واقعا في غير الملك من وجه فيصير زنا من وجه **قوله** والحرمة لغيره وهو قيام حقها في البدل **قوله** اذ هي موقتة اي منقضية بفسخ الكتابة او العجز **قوله** ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة

ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي في دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يوذي وموجبه اداه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر

وهذا هو الصحيح وذكر الكرخي رحمه الله انه لا يسقط به الاحصان لان الفعل حرم مع قيام الملك المبيح فصار كالامة المزوجة والصحيح هو الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة فمن ضرورة ثبوت الحرمة مؤبدا انتفاء الحل والسبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له فاذا لم يقبل المحل الحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا ه

قوله وقد مر في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك من كتاب النكاح

قوله وان ضرب سوطا آه اجمع العلماء على القبول اذا حد حد القذف قبل الاسلام واجمعوا على عدم القبول اذا حد بعد الاسلام اما اذا اقيم بعض الحد قبل الاسلام

والاول اصح قال ومن قذف اوزنى اوشرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل

وبعضه بعده فقد قال ابو حنيفة رحمه الله ينظر الى حال اكمال الحد ان ضرب في كفره تسعة وسبعين سوطا وبعد الاسلام واحد تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد فينظر الى حال اتمامه لانه عند ذلك يصير حدا ثم رجع وقال ان اقيم اكثره بعد الاسلام لا تقبل اذ الاقل تبع للاكثر فصار كان الكل وجد بعد الاسلام فلا تقبل وهكذا روي عن ابي يوسف رح ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان ما كان له من الشهادة لم يبطل بضرب البعض لان الرد تتمة الحد فلابد من وجوده ليكون الرد تتمة له وما حدث له من الشهادة بالاسلام لم يرد ايضا لهذا المعنى فلهذا تقبل شهادته على اهل الاسلام واهل الذمة ❊ قوله والاول اصح لان بعض الحد لا يكون حدا ولهذا لو ضرب تسعة وسبعين سوطا لا ترد شهادته ولو كان الاكثر قائما مقام الكل لردت شهادته قوله لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فحد الزنا لصيانة الانساب وحد السرقة لصيانة الاموال وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف لصيانة الاعراض فلا يتداخل قوله وقال الشافعي رحمه الله ان اختلف المقذوف بان قذف غير الاول او المقذوف به بان قذف الاول بزنا آخر لا يتداخل وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت

لان المغلب فيه حق العبد عنده والله تعالى اعلم با لصوا ب ٭

ز ا ن لا يقام عليه الا حد و ا حد عندنا وعند الشا فعي رحمه الله ان قذ فهم بكلام وا حد فكذ لك الجواب وان قذ فهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم وهذا يخا لف ماذكر في المنظومة والشرح لان المغلب فيه حق المقذوف عنده فلايجري فيه التداخل عند اختلا ف السبب و عند نا المغلب فيه حق الله تعا لى و هو مشرو ع للزجر فيجري فيه التدا خل كسا ئر الحد ود وكذ لك ا ن حضر بعضهم للخصو مة ولم يحضر البعض فاقيم الحد بخصومة من حضر فعلى مذهبه اذا حضر الغائب وخاصم يقام الحد عليه لا جله ايضا وعندنا لا يقام اذا علم ان قذ فه بالزنا قبل اقامة الحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم وماهو المقصود قد حصل وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف وذكر في الفوائد الظهيرية وقد حكي عن ابي حنيفة رح ان ابن ابي ليلى كان قاضيا بالكوفة سمع رجلا عند باب مسجده يقول رجلا آخر يا ابن الزا نيين فقال خذ وه فا خذوه وادخلوه في المسجد فضربه حد ين قا ئمين قا ئمين فاخبر ابو حنيفة رح بذ لك فقا ل يا للعجب من قا ضي بلد نا فقد اخطأ في خمسة مواضع في مسئلة واحدة اما الا ول فليس له ان يأ خذه با لحد ما لم يخاصم المقذوف والثاني انه لو خاصم يجب حد واحد وان قذف الف رجل يكتفي بحد واحد والثا لث انه ان كا ن الواجب عنده حد ين ينبغي ان يتربص بين الحدين يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول وهو والى بين الحدين والرابع انه حد في المسجد وقال عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وسلّ سيوفكم واقامة حدودكم وانشاد ضالتكم والخامس انه قذف الوالدين حيث قال يا ابن الزا نيين و ح يجب ا ن يتعرف انهما في الا حياء او في الاموات فان كا نا في الاحياء فالخصومة اليهما وان كا نا في الاموات فالخصومة الى الابن والله اعلم بالصواب ٭

فصل في التعزير

ومن قذف عبدا اوامة اوام ولد اوكافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقدامتنع وجوب الحدلفقدالاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق اويا كافر اويا خبيث اويا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الاانه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس مايجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام ولو قال ياحمار اوياخنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعدسبا وايذاء وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه تلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لايعزر وهذا احسن والتعزيرا كثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابويوسف رح يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا

فصل في التعزير

هوتأديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فاضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تهذيبا وتاديبا لهن والسنة قال عليه السلام لاترفع عصاك عن اهلك وروي انه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث ولان زجرا لد عار عن الجنايات ومساوى الاخلاق واجب تقليلا لها والتعزير صالح للزجر فيكون مشروعا ثم قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وعن ابي يوسف رح ان التعزير باخذ المال يجوز للسلطان ثم تعزير الاشراف كالدهاقنة والقواد وغيرهم الاعلام والجر الى باب القاضي وتعزير اشرف الاشراف كالفقهاء والعلوية الاعلام فقط بان يقول بلغني انك فعلت كذا فلاتفعل وتعزير اوساط الناس كالسوقية بالاعلام والجر والحبس و تعزير الاخساء الاعلام والجر والضرب والحبس **قوله** الا انه يبلغ

والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابوحنيفة ومحمد رحمهما الله نظر الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابويوسف رح اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر رحمه الله وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذكر مشائخنا رح ان ادناه على ما يراه الامام يعزره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف

بالتعزير غايته في الجناية الاولى وهي ما اذا قذف غير المحصن بالزنا ولم يثبت وفي الثانية وهي ما اذا قذف مسلما بغير الزنا ه

قوله والاصل فيه قوله عم من بلغ حدا في غير حد في المغرب بلغ بالتخفيف هو السماع واما ما يجري على السنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول كما في قوله عليه السلام الا فليبلغ الشاهد الغائب وقوله تعالى يا ايها الرسول بلغ ما انزل اليك على حذف المفعول الثاني والتقدير من بلغ التعزير حدا وانما حسن الحذف لدلالة قوله في غير حد والذي يدل على هذا التقدير قولهم لا يجوز تبليغ غير الحد الحد وذكر هذا الحديث في الفوائد الظهيرية ثم قال وبلغ بالتخفيف لا بالتشديد من البلوغ لا من التبليغ لان المبلغ اليه غير مذكور والمراد تبليغ غير الحد الحد لا تبليغ الحد غير الحد ومعنى بلغ بالتخفيف اتى كقولهم بلغ المكان اي اتاه فيصير تقدير الحديث كانه قال من اتى حدا في موضع لا يجب الحد فهو من المعتدين **قوله** وهو مأثور عن علي رضي الله تعالى عنه و[illegible]

قال وان رأى الامام ان يضم الحبس الى الضرب فى التعزير فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به فى الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع فى الحد لانه من التعزير *

قال واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء *

قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغلظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع

ان عليا رضي الله عنه كان يعقد لكل خمس فلما بلغ خمسا وسبعين لم يعقد لانه بقي اربع ضربات فلم يبلغ خمسا فاذ لم يعقد فظن الراوي انه جلده خمسة وسبعين *

قوله وقد ورد الشرع به اي بالحبس وهو ما روي ان النبي عليه السلام حبس رجلا للتعزير

قوله ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته هذا لايضاح ان الحبس يصلح للتعزير اي ولهذا لا يحبس في تهمة وجوب التعزير قبل ثبوته بان شهد شاهد ان مستوران على انه قذف محصنا فقال يا فاسق فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود كما شرع فى الحد لان الحبس تعزير فلا يحبس قبل ثبوته بخلاف ما اذا اتهم بما يوجب الحد لان التعزير ادنى من الحد فناسب ان يعاقب به عند التهمة بما يوجب الحد لانه ادنى منه

قوله كيلا يؤدي الى فوات المقصود وهو الزجر ولهذا لم يخفف من حيث التفريق ذكر فى المحيط ان محمدا رح ذكر في حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا وفي كتاب الاشربة يضرب التعزير في موضع واحد وليس

وفعل المأمور لايتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله تعالى اعلم بالصواب ٭

في المسئلة روايتان لكن موضوع ما ذكر في كتاب الحدود انه وجب تبليغ التعزير الى اقصى غاياته ومتى كانت الحالة هذه يجب التفريق على الاعضاء كيلا تكون الاقامة في موضع واحد سببا لفساد ذلك الموضع وموضوع ما ذكر في الاشربة انه يعزر ادنى التعزير كسوط وسوطين او ثلثة ومتى كانت الحالة هذه فالاقامة في موضع واحد لا يؤدي الى فساد ذلك الموضع ٭

قوله وفعل المأمور لايتقيد بشرط السلامة لان الامر طلب فعل المأمور به من المأمور وهو اثبات والاثباتات ليست بقابلة للتعليق بالشرط لانه ح يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الاطلاقات فانها رفع القيد فكان من جنس الاسقاطات وهي قابلة للتعليق فان قيل يشكل على هذا ما اذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع او افضاها فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رح والرواية في المحيط مع ان الزوج بالجماع استوفى حق نفسه والاحتراز عن التلف ممكن والطاق له في ذلك الفعل فكان ينبغي ان يتقيد بشرط السلامة كما اذا ضرب امرأته لتعود الى مضجعها قلنا انما لم يجب الضمان هنا لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل ثم لو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب الضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لايجوز كذا في المحيط وتصح في التعزير الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو والتكفيل لما فيه من حقوق العباد شرع الامام [illegible] والله تعالى اعلم .

لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولابد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما والثلثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لاقطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب

قوله لان الجناية لا تتحقق دونهما اي الجناية لا تتحقق عند عدم العقل والبلوغ لانه لا جناية بلا تكليف ولا تكليف بلا عقل وبلوغ **قوله** وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلثة دراهم لاخلاف بينهما من حيث المعنى لان قيمة الدينار كانت اثنى عشر درهما وثلثة دراهم كانت ربع الدينار وقال ابن ابي ليلى رح نصاب السرقة مقدر بخمسة دراهم وقال عكرمة رح باربعة دراهم وعن ابي هريرة وابي سعيد الخدري رضي الله عنهما باربعين درهما وعند اصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصري رحمه الله **قوله** وهو المتيقن به روي في ثمن المجن ثلثة دراهم وروي انه خمسة دراهم وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالاقل كما اذا اختلف المقومون

كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد وقوله اوما تبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى

في القيمة يؤخذ بالاقل قلنا روى ايمن بن ايمن وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ان المجن الذي قطعت اليد به على عهد رسول الله عليه السلام كان يساوي عشرة والرجوع الى قولهم اولى لكونهم من جملة الغزاة وكانوا اعرف بقيمة المجن من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال ان الاخذ بالاقل اولى لان في قيمة المسروق انما يؤخذ بالاقل لدرء الحد وذلك يوجب ان يؤخذ بالاكثر ههنا لان معنى الدرء فيه وقد روي ان عمر رضي الله عنه اتي بسارق سرق ثوبا فامر بقطع يده فقال عثمان رضي الله عنه ان سرقته لاتساوي عشرة فامر بتقويمه فقوم ثمانية دراهم فدرء الحد عنه فدل انه كان ظاهرا معروفا فيما بينهم ان النصاب يقدر بعشرة دراهم ه

قوله كما قال في الكتاب اي القدوري وهو قوله اوما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة **قوله** وهو الاصح احترازعما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه مايدل على ان المضروبة وغير المضروبة في ذلك سواء **قوله** والمعتبر وزن سبعة اي المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في وزن الدراهم في عامة البلاد **قوله** اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا لايقال ان الذهب منصوص عليه بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم لانا نقول نعم قد ورد في بعض الاخبار ذكر الدينار ولكنه لم يبلغ في الشهرة مبلغ الدراهم وذكر شيخ الاسلام رحمة الله تعالى عليه ان بذكر العشرة تبين ان المراد بالدينار الدينار المتقوم بقيمة الشرع عشرة لا بقيمة الوقت لان باعتبار الوقت قد تبلغ قيمة الدينار ثلثين او اربعين

ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى •

فيصير في النقد بركانه قال لا تقطع اليد الا في ثلثين او اربعين او عشرة وبيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعلم ان المراد بالدينار الدينار المتقومة بالعشرة وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين وهو ايضا قول ابن ابي ليلى وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر وذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما قال القاضي الامام الزنجري رحمه الله في تعليل هذه المسئلة على قولهما ان الاقرار في المرة الاولى ان كان يوجب القطع صح الكلام وتم المرام وان لم يوجب القطع يوجب الضمان بلا ريب فلما وجب الضمان باقراره الاول فلو وجب باقراره الثاني سقط الضمان الواجب والانسان لا يشتغل باسقاط الضمان الواجب بقوله وكان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول العجب من ابي يوسف رحمه الله ان شأنه علا وارتفع بهذه المسئلة ممن كان خامل الذكر كان في مجلس هارون الرشيد فاتي بسارق فقالوا للسارق انت سرقت هذا المال فقال انا اخذت هذا المال فاتفق الفقهاء من اهل المظالم انه يقطع فقال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه لا يقطع لانه ما اقر بالسرقة وانما اقر بالاخذ والاخذ يوجب الضمان دون القطع فحاروا وخجلوا واقروا ان ما قاله حق لكن قالوا نسأله ثانيا فسألوه فقال نعم سرقت فقالوا الله اكبر الآن يقطع فقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع لان الضمان وجب عليه بالاقرار فاراد الآن ان يسقط الضمان عن نفسه فاقر اهل المظالم من الشيب والشبان ان الحق ما قاله وذكر في المبسوط تعليل محمد رحمه الله لم اقطعه في المرة الاولى ولم اقطعه في المرة الثانية لان المال صار دينا عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون

قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابويوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فتعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع *

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها

منهما في ذلك فلا يقطع حينئذ وان كان المال قائما بعينه رده بعد الاقرار الاول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال الا ترى ان بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال فبالاقرار اولى *

قوله وينبغي ان يسألهما عن كيفية السرقة فيقول كيف سرق لجواز انه نقب البيت وادخل يده واخرج المتاع وفي هذا الوجه لا يقطع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وماهيتها لانه مبهم الاسم محتمل فان من يستمع الى كلام الغير سرا يسمى سارقا قال الله تعالى الا من استرق السمع ومن لا يعتدل في [illegible] والسجود يسمى سارقا قال عليه السلام ان اسوء الناس سرقة من يسرق من صلوته وزمانها اي فيما اذا ثبتت السرقة بالبينة فيسألهما الامام فيقول متى سرق لجواز انه

ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود وبحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة
قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه والله تعالى اعلم بالصواب ٭

تقادم العهد وانه مانع للقطع اذا ثبتت السرقة بالبينة واما اذا ظهرت بالاقرار فلا يحتاج الامام الى السؤال عن الزمان لان تقادم الزمان لا يمنع صحة الاقرار كذا في المبسوط والمحيط ٭
قوله ومكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب لانه لا يقام الحد على من باشر السبب في دار الحرب **قوله** ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة لانه لا يمكن التوثيق بالتكفيل لانه لا كفالة في حقوق الله تعالى ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتهما لان القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه **قوله** واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع هذا اذا لم يكن من هؤلاء السراق صبي او مجنون فان كان واحد منهما بينهم درئ الحد عنهم في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الصبي والمجنون وليا اخراج المتاع درئ الحد عنهم وان كان الذي ولي سواهما قطعوا الا الصبي والمجنون لان الحامل هو الاصل كذا في الايضاح وان اصابه اقل لا يقطع خلافا لمالك رحمه الله ولا يلزم على هذا وجوب القصاص على جماعة قتلوا واحدا لان القتل بطريق التغالب غالب فاحتيج الى الشرع الزاجر لتقليله ولا كذلك سرقة ما لا يصيب كل واحد منهم الا شيء قليل ولان ازهاق الروح غير متجزئ فيضاف الى كل واحد منهم كملا كولاية الانكاح للاولياء المستوين في الدرجة والله اعلم بالصواب ٭

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والأصل فيه حديث عائشة رضي الله تعالى عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ألا ترى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة يورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي رحمه الله والحجة عليهما ما ذكرناه *

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قوله ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الإسلام وما يوجد مباحا في الأصل في دار الحرب وهو عزيز لا يورث الشبهة لأن الأموال كلها في دار الحرب على الإباحة وتفاهة الشيء يعرف بالرجوع إلى العرف فإن الإنسان قد يترك الأخذ مع القدرة عليه ويعد إظهار الرغبة فيه من الخساسة وكذا الضنة به تعد من الخساسة ونفاهته من هذا الوجه يخل بخطره وقلة الخطر يمنع وجوب القطع كنقصان قدر النصاب **قوله** بصورته أي بخلقته الأصلية **قوله** والطير يطير والصيد يفر بيان لنقصان الحرز **قوله** وهو على تلك الصفة احتراز عن الأواني والأبواب المتخذة من الخشب فإن فيها القطع *

قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر واذا اواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع*

قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة

قوله والكثر الجمار وهو شيء ابيض لين يخرج من رأس النخل ومن قال هو حطب او صغار النخل فقد اخطأ ذكره المطرزي والودي الصغار من النخل وقيل غصن يخرج من النخل فيقطع ويغرس **قوله** لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا هذا اذا سرق في ايام الخصب اما في ايام المجاعة والقحط قال مشائخنا رحمهم الله لا يجب القطع بسرقة الطعام مطلقا من غير تفصيل بين المهيأ للاكل وغيره لانه يرخص له بتناول مال الغير بالقيمة عند المخمصة **قوله** واذا اواه الجرين او الجران هذا تردد من الراوي فقد اشكل عليه لفظ النبي عليه السلام فقال هذا او هذا والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف كذا في المغرب وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منخره فيجاز ان يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه **قوله** على وفاق العادة يعني انما اثبت القطع فيما اواه الجرين بناء على عادتهم انهم كانوا لا يضعون في الجرين الا اليابس فانصرف اللفظ الى اليابس فلا يكون حجة علينا لانا نقول بوجوب القطع في اليابس **قوله** ولا قطع في الفاكهة على الشجر وان يبس ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة وفي الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد

ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية ‌•

قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رح يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رحمه الله مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد الحرام لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه ‌•

قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتأول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدراهم التي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال

قوله ولان بعضها ليس بمال اي بمتقوم كالخمر **قوله** وفي مالية بعضها اختلاف كالمنصف والباذق وفي المغرب المعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب واذا افرد المعزف فهو نوع من الطنابير يتخذه اهل اليمن **قوله** وقيمة الآنية تربو على النصاب وكذا اذا كانت مساوية للنصاب الصليب شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى الشطرنج بكسر الشين على وزن جردحل وفي الذخيرة ولا قطع في سرقة الشطرنج وان كان من ذهب والنرد يكون كذلك **قوله** وان كان الصليب في المصلى

وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتاول في اخذه الصبي اسكاته به او حمله الى مرضعته وقال ابويوسف رحمه الله يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ اوثريد والخلاف في صبي لايمشي ولايتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولاقطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب اوخداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها بحدها الااذا كان يعبر عن نفسه لا نه هو والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابويوسف رحمه الله لايقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لا نه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به اوبعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولاقطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الافي دفاتر الحساب لان مافيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغذ

هو موضع الصلوة اوالدعاء والمراد به هنا موضع صلوة النصارى وهو معبدهم *

قوله وما عليه من الحلي تبع له وقال ايضا في المبسوط الا ترى انه لوسرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم ووجد في جيبه عشرة دراهم مضروبة ولم يعلم بها لم اقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي يوسف رحمه الله ان عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته قدتمت في نصاب كامل **قوله** والخلاف في صبي لايمشي ولايتكلم كيلا يكون في يد نفسه حتى لوكان يمشي ويتكلم لا تقطع اجماعا لان له يدا على نفسه وعلى ماهوتابع له فكان اخذه خداعا **قوله** ولا قطع في الدفاتر كلها اما كتب الفقه والاحاديث والتفسير فهي كالمصحف من وجه وان كانت اشياء مكروهة فهي كالطنبور **قوله** الا في دفاتر الحساب والمراد دفاتر مضى حسابها لان ما فيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغذ فيقطع ان بلغت نصابا واختلفوا في كتب الادب فقيل هي ملحقة بدفاتر الحساب من حيث انه لايحتاج اليها في معرفة احكام الشرع وقيل

قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا يقطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رحمه الله آخذها يتاول الكسر فيها ويقطع في الساج والقناء والابنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابوابا قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا يرى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصير البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواجد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ٭

ملحقة بالفقه والتفسير لان معرفتهما يتوقف عليها ٭

قوله ولا يقطع في دف ولا طبل هذا اذا كان طبل لهو واما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ في وجوب القطع فيه واختيار الصدر الشهيد رحمه الله انه لا يجب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فيتمكن الشبهة كذا في المحيط قوله الساج شجر يعظم جدا قالوا لا ينبت الا في بلاد الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والآبنوس بفتح الباء قوله وانما يجب القطع في غير المركب اراد به تركيب الباب على الجدار اي انه يجب القطع بسرقة الابواب اذا كانت محرزة في البيت غير معلقة بموضع الباب من الجدار فانها اذا كانت معلقة لا يجب القطع بسرقتها

ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يقطع لقوله عليه السلام ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع

قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة وهو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاب ان يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية والاختلاس ان يأخذ من اليد بسرعة جهرا **قوله** محرز بحرز مثله قال الطحاوي رحمه الله حرز كل شيء يعتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق ثوبا من اصطبل لا يقطع وكذا لو سرق الشاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع ومسئلة النباش اختلف الصحابة رضي الله عنهم فيها فعمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم قالوا بوجوب القطع على النباش وابن عباس رضي الله عنهما كان يقول لا قطع عليه واتفق علمه من بقي في عهد مروان من الصحابة على ما روي ان نباشا اتي به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبهذا تبين فساد من يستدل بالاية لايجاب القطع عليه فان اسم السارق لو كان يتناوله مطلقا لما احتاج مروان الى مشاورة الصحابة مع النص وما اجتمعوا على خلاف النص كذا في المبسوط **قوله** وما رواه غير مرفوع قيل انه من كلام زياد

او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم *

قال ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التأجيل لتأخر المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه اورهنا من حقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به

قوله او هو محمول على السياسة الا ترى انه قال في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع انفه جدعناه وهو محمول على السياسة فكذا هذا وللامام رأي فيمن اعتاد ذلك وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح سواء نبش الكفن او سرق مالا آخر من ذلك البيت لاختلال الحرز بوضع الميت فيه اذ لكل احد تأويل الدخول زيارة وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة قوله لما بينا اي من اختلال صفة المالية والمملوكية والحرز قوله لما قلنا من ان له فيه شركة وهي تورث الشبهة قوله والحال والمؤجل فيه سواء اي في عدم القطع والقياس في المؤجل القطع لانه لا حق له في اخذ شيء من ماله قبل حلول الاجل وفي الاستحسان لا قطع لان التأجيل لا يسقط اصل الدين وباعتبار وجوب اصل الدين يتمكن من اخذ مثل حقه واكثر ما فيه انه استعجل ما كان مؤجلا من حقه ومثل هذا الاخذ لا ينفك من شبهة فلا يوجب القطع قوله لان له ان يأخذ عند بعض العلماء وهو قول

حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية من ابي يوسف رحمه الله تعالى وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة

ابن ابي ليلى لوجود المجانسة باعتبار المالية ومن العلماء من يقول ياخذه رهنا بحقه ٭

قوله حتى لو ادعى ذلك بان قال انما ردت ان آخذه رهنا بحقي او قضاء بحقي درئ الحد بشبهة اختلاف العلماء **قوله** قيل يقطع وهكذا نص القدوري في شرحه لانه ليس له حق الاخذ لانهما جنسان مختلفان الا ترى انه لو وكل رجلا ليشتري له شيئا بدنانير فاشترى له بدراهم او على القلب يصير مخالفا **قوله** وقيل لايقطع وهو اختيار شمس الايمة السرخسي رحمه الله وهو الصحيح لان النقود في حكم جنس واحد ولهذا يكمل احدهما بالآخر في باب الزكوة وقد قال ابوحنيفة رحمه الله ان للامام ان يتبادل احد النقدين بالآخر بغير رضاء المديون لقضاء حقه وكذا في شراء ماباع باقل مما باع بمنزلة جنس واحد حتى لا يصح **قوله** من غير فصل اي بين ان سرق الشيء المسروق اولا او غيره **قوله** ولان الثانية متكاملة كالاولى لانه سرق نصابا كاملا من حرز لاشبهة فيه كما في المرة الاولى ولهذا السبب يلزمه القطع في المرة الاولى فكذا في المرة الثانية بل الجناية في المرة الثانية اقبح عرفا فكان اولى بشرع القطع وهذا لانه بعد رد المتاع يصير هذا العين في حق السارق كعين آخر في حكم الضمان حتى لو غصبه واتلفه كان ضامنا فكذا في حكم القطع

ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية

قوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل يعني ان صفة المالية والتقوم لم يبق في هذا العين حقا للمسروق منه على ما تبين فبعد ذلك ان ظهرت المالية والتقوم في حقه بالاسترداد يبقى ما سبق مورثا للشبهة والقطع يندرئ بها وهو نظير ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام اذا احرزه انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الاصل **قوله** على ما يعرف اشارة الى قوله بعد اوراق لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه **قوله** نظرا الى اتحاد الملك بان لم يتبدل بالبيع والمحل بان لم يتبدل كما لو كان غزلا فنسجه او لم يسرق عينا آخر من المسروق منه وقيام الموجب اي سقوط العصمة عن المحل لان سقوط عصمة المحل باعتبار وجوب القطع **قوله** بخلاف ما ذكر اي فيما اذا باعه المالك ثم اشتراه وقد قيل لا يلزم القطع ايضا ولئن سلم فالملك هناك يتجدد بتجدد السبب والمالية والتقوم باعتبار الملك فيجعل متجددا ايضا وهذا لان اختلاف اسباب الملك كاختلاف الاعيان الا ترى ان المشتري اذا باع من غيره ثم اشتراه ثم اطلع على عيب قديم لم يرده على البائع الاول بخلاف ما اذا زنى بامرأة فحد ثم زنى بها ثانيا حيث لزمه الحد لانه لا يجب باعتبار المستوفي وانه متلاش والمستوفي في المرة الثانية غير المستوفي في المرة الاولى مع ان هناك حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرة الاولى بخلاف المالية والتقوم الذي هو حق المالك في العين فانه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق

وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول •

قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه و قطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به و هذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشية من اتحاد المحل و القطع فيه فوجب القطع ثانيا والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل في الحرز والاخذ منه

ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر

قوله وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول ذكر الامام المرغيناني رحمه الله معناه بعين ذلك الزنا اما لو نسبه الى غير ذلك الزنا فانه يحد ايضا قوله ولهذا يملكه الغاصب به اي بالنسج قوله وهذا هو علامة التبدل اي ملك الغاصب المغصوب بالنسج دليل تبدل العين والا لما انقطع حق المالك من المغصوب فان قيل العين الاول قائم حقيقة وانما تبدل اسمه وصورته قلنا المتمكن شبهة سقوط العصمة قبل تبدل الاسم والصورة وكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في الحرز والاخذ منه

الحرز الموضع الحصين الذي اعد لحفظ الامتعة قوله والثاني وهو قرابة المحرمية للمعنى الثاني وهو الدخول في الحرز

الى مواضع الزينة الظاهرة وفيها خلاف الصديقين لانه عادا وبالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه وان سرق من امه من الرضاعة قطع وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم

قوله الى مواضع الزينة الظاهرة ذكر في المبسوط ولهذا ثبت حل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة وهي قرابة ذي الرحم المحرم ثم المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف ومن مواضع الزينة الباطنة العنق والرأس والساق على ما يجيء في الكراهية انشاء الله تعالى ولعل المراد من مواضع الزينة الظاهرة هنا ما يظهر في العادة عند ترك التكلف في السر لا ان يراد بها الوجه والكف فقط لان النظر الى الوجه والكف مباح للاجنبي ايضا اذا لم يكن عن شهوة ويدل عليه قوله تعالى ليس على الاعمى حرج الى قوله اوبيوت خالاتكم فظاهره يقتضي الاباحة وهو وان ترك لقيام الدليل يبقى شبهة ولا يلزم قوله تعالى في آخر الآية اوصديقكم لانه اذا قصد السرقة فقد عاداه ولم يبق صديقا له فلعدم الصداقة عند السرقة انتفت الشبهة واما الاخوة وما يضاهيها فيبقى مع السرقة كالابوة **قوله** وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله اي في ذي الرحم المحرم **قوله** اعتبارا للحرز وعدمه على طريق اللف والنشر من غير ترتيب **قوله** بخلاف الاخت من الرضاعة لانه لا شبهة في المال والحرز اما لا شبهة في المال فلانه لا ينتفع كل واحد بمال الآخر من غير اذن الآخر ولانه لا يستحق كل واحد النفقة على الآخر عند الحاجة

كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب وإذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله تعالى عنه درء وتعليلا

واما الحرز فلانه لايجوز الدخول من غير استيذان ٭

قوله كما اذا ثبتت بالزنا يعني اذا سرق من بيت بنت المزنية يقطع مع وجود المحرمية بزنا امها **قوله** واقرب من ذلك يعني الاقرب من الزنا والتقبيل عن شهوة اي من المحرمية الثابتة بالزنا بالمتنازع فيه محرمية الاخت رضاعا فان الام والاخت من الرضاع يتشابهان ويتشاكلان فان محرميتهما ثبتت بالرضاع ولو كانت الامومة من الرضاع مؤثرة كانت الاختية مؤثرة ايضا كما في النسب فالحاق الرضاع بالرضاع اولى من الحاق الرضاع بالزنا **قوله** ودلالة وهو ان عقد النكاح بينهما دال على البسوطة لانهما بعقد النكاح يصيران كمصرا مي الباب وهذا يدل على البسوطة في المال اولان البسوطة بينهما في الاموال لما اثرت في منع قبول شهادة احدهما للآخر فلان يمنع القطع اولى لان القطع من الحدود وهي تندرئ بالشبهات وهذا يعم الطرفين **قوله** درء وتعليلا روي عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل سرق من المغنم فدرء عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا

قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ قال العبد الضعيف رضي الله عنه الحرز لابد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى

قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح وذكر في العيون على قول ابي حنيفة رحمه الله يقطع اذا كان ثمه حافظ وصورته رجل سرق من حمام نا ن كان صاحبه جالسا عليه فسل من تحته قطع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يقطع قال الصدر الشهيد رحمه الله والفقيه ابو الليث رحمه الله اختار قول محمد رحمه الله في الحمام ونحن نختار قوله ايضا تبا عاله **قوله** وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح لعله اراد انه اذا دخل البيت ليلا وليس له باب او كان وهو مفتوح قطع لانه حرز فلا يعتبر الحافظ لما ذكر في المحيط منقولا من الحاوي ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع **قوله** والمتاع تحته او عنده هو الصحيح

قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولاقطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لايقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلايعتبر الاحراز بالحافظ ولاقطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة

وقيل انما يكون محرزا به في حال نومه اذا كان تحت جنبه او تحت رأسه واما اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون محرزا به في حال نومه والصحيح انه يقطع بكل حال لان المعتبر الاحراز المعتاد وقد حصل بهذا لان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا الا ترى ان المودع والمستعير لايضمنان بمثله وهما يضمنان بالتضييع فانه قال يضمنان في هذه الصورة ولا يقطع السارق فيها وفي فتاوى ابي الليث رحمه الله سئل ابوالقاسم عمن حمل ثياب الوديعة على دابته فنزل في بعض الطريق ووضع الثياب تحت جنبه فسرق الثياب قال ان اراد به الترفق ضمن وان اراد به الحفظ لايضمن وذكر في المحيط انما لا يجب الضمان اذا وضعه بين يديه ان نام قاعدا اما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر اما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه في الحالين و قوله بخلاف ما ذكر في الفتاوى يحتمل الكل

قوله لوجود الاذن عادة اي في الحمام او حقيقة في البيت الذي اذن في دخوله **قوله** وانما الاذن

ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلابد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا

يختص بالنهار الا اذا كان بابه مغلقا فحينئذ يقطع في النهار ايضا وعن ابي حنيفة رحمه الله ان سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده وعنهما انه لايقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلايعتبر الاحراز بالحافظ وقد اختل الحرز بالمكان بالاذن في الدخول فلا يقطع بخلاف المسجد لانه لم يبن لاحراز الامتعة والاموال فكان محرزا بالحافظ كالصحراء ٭

قوله ومن سرق سرقة اي مالا فلم يخرجها من الدار لم يقطع ولو كان مكان السرقة غصب فهلك في يده قال بعض مشايخنا لا يضمن والصحيح انه يضمن لان الدار كلها حرز واحد حتى اذا اذن له في دخول الدار فسرق من البيت لا يقطع وهذا اذا كانت الدار صغيرة بحيث لايستغني اهل البيوت من الانتفاع بصحن الدار وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير اي حجر ومنازل وفي كل مقصورة سكان ويستغني اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينفعون به انتفاع السكة فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان الاخراج من الحرز قد وجد لان كل مقصورة حرز على حدة الاترى ان على باب كل مقصورة غلقا على حدة ومال كل محرز بمقصورته **قوله** وان اغار انسان في المغرب وفي رواية محمد رحمه الله وان اعان انسان

واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تأتي بعد هذا انشاء الله تعالى وان القاه في الطريق وخرج فاخذه قطع وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار

من اهل المقاصير انما نا على متاع من يسكن مقصورة اخرى فكانه اصح وان كان الاول اكثر وفي مختصر الكرخي رح وكذلك ان اغار بعض اهل تلك المقاصير على مقصورة فسرق منها وخرج به منها الى صحن الدار قطع والمقصورة حجرة من حجرة دار واسعة محصنة بالحيطان والمراد بالاغارة الاسراع فى الاخذ من اغار الثعلب او الفرس اغارة وغارة اذا اسرع فى العدو ومنه كما يغير ثم قيل للخيل المغيرة غارة ومنه وشنوا الغارة اي وفرقوا الخيل واغار على العدو اخرجه من حيوته بهجومه عليه ه

قوله وهي بناء على مسئلة تأتي بعد هذا وهي من نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا يقطع عند ابي يوسف رحمه الله لانه لا يشترط لهتك الحرز دخوله كما فى الصندوق وشق الجوالق ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج واخذه لم يذكر محمد رحمه الله والصحيح انه لا يقطع قيل ولو كان فى الدار نهر جار رمى بالمتاع فى النهر ثم خرج واخذه ان خرج بقوة الماء لايقطع لانه لم يخرج وان خرج بتحريكه الماء قطع لانه اخرج كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله ولكن

ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا اخرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق *

قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال العبد الضعيف رض هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد

قال ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف رح في الاملاء يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد

ذكر في المبسوط في اخراج الماء بقوة جرية الماء الاصح انه يلزمه القطع لانه جرى الماء به كان بسبب القائه في النهر فيصير الاخراج مضافا اليه في هذا الوجه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز ان يجعل مسقطا للحد عنه *

قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك اعترض عليه يد معتبرة فاوجب سقوط اليد الحكمية للسارق ولم يسقط يده الحكمية ههنا

قوله واذا دخل الحرز جماعة وانما وضع المسئلة في دخولهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف نفسه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم كذا في النهاية ثم فتولى بعضهم الاخذ وهو ممن يجب عليه القطع

قال وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب

عندالا نفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الآخذ صبيا او مجنونا لا يقطع واحد منهم وان كان الآخذ عاقلا بالغا وفيهم صبي او مجنون فلا قطع على واحد منهم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجب القطع الا على الصبي والمجنون والغطريفي هو الدراهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارا *

قوله وان طر صرة الطرار الذي يطر الهميانين اي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشد وفيه الدراهم وفي قوله وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه بل هو محمول على ما اذا دخل يده في الكم فطرها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال **قوله** فلا يتحقق هتك الحرز وهو ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه **قوله** وينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ اخذ الدراهم من خارج الكم فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه راى

لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق من القطار بعيرا وحملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فتتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاجمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع

وان ادخل اليد في الكم انما ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم فكان هذا نظير من دخل البيت ونقبه ثم خرج وادخل يده واخذ شيئا وهناك لا يجب القطع فكذلك ههنا. قوله لانعكاس العلة فان الرباط اذا كان خارج الكم ففي صورة الطر لا يقطع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم وفي صورة حل الرباط يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم واما اذا كان الرباط داخل الكم ففي صورة الطر يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم وفي صورة حل الرباط لا يقطع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم على ماذكرنا قوله وانما قصده قطع المسافة اي في حالة المشي او الاستراحة اي في غير حالة المشي فلم يكن من قصده الحفظ فيكون المال محرزا بالكم لا بصاحبه فاذا قطع الكم واخذ المال من خارج الكم لا تقطع لان هذا سرقة الحرز والقطع انما يجب بسرقة المحرز من الحرز فاشبه الجوالق يجب القطع بشقه واخذ المال منه ولا يجب بسرقة الجوالق اذا لم يكن له حافظ القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر من قطر الماء صبه تقطيرا وقطره مثل قطره واقطره لغة وقطر بنفسه سال قطرا وقطرانا قوله لان الجوالق في مثل هذا حرز يعني فيما اذا كان للسارق خوف هجوم صاحبه وذكر فخر الاسلام رحمه الله في جامعه انما يعتبر الجوالق احرزا اذا خيف هجوم صاحبه فكان الجوالق حرزا ولا يكون محرزا لان المحرز

وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه اونائم عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على مااخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه اوحيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار والله اعلم بالصواب ٭

فصل في كيفية القطع واثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم نا لقطع لما تلوناه من قبل

اما بالحافظ او بالمكان والجوالق ليس بمحرز بالمكان ولا بالحافظ قصدا فلا يجب القطع بسرقته والاصل فيه قوله عليه السلام لا قطع في حريسة الجبل وهي شاة تحرس في الجبل للرعي لا يجب القطع وان كان الراعي حاضرا لان الراعي يقصد الرعي لا الحفظ فكان الحفظ تبعا والتبع له شبهة عدم الحفظ وكذا مقصود القائد والسائق السوق والقود فيتمكن النقصان في الحفظ فلا يجب القطع **قوله** اوحيث يكون حافظا له وهذا يوكد ما قدمناه من القول المختار وهو اشارة الى قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح والله اعلم بالصواب ٭

فصل في كيفية القطع واثباته

قوله الزند مفصل طرف الذراع في الكف وقال الخوارج يقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الاباط وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه لزوال تمكنه من البطش بها قلنا هذا مخالف للنص فالنبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الرسغ ولان هذا القدر متيقن به وفي العقوبات انما يؤخذ بالمتيقن به ٭

واليمين بقراءة عبدالله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه

قوله واليمين بقراءة عبدالله بن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وقراءته لا تكون دون روايته وروايته اذا صارت مشهورة تزاد على الكتاب فكذلك قراءته فيصير كانه قال فاقطعوا ايمانهما من الايدي فلا يتناول الرجل ولا اليد اليسرى وكان يقرأ سماعا فصار كالخبر المشهور فيقيد اطلاق الكتاب به لورودهما في الحكم الواحد والدليل عليه انه في المرة الثانية لا تقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز العدول عنه الى غيره ولو كان النص متناولا لليد اليسرى لم يجز ترك قطع اليد مع بقاء اليد والايدي وان كانت بلفظ الجمع فالاصل ان ما توحد من خلق الانسان يذكر تثنيته بعبارة الجمع قال الله تعالى فقد صغت قلوبكما ولان الجمع المضاف الى جماعة يتناول الفرد من كل واحد يقال ركب القوم دوابهم فيصير معنى الآية والله اعلم فاقطعوا ايدا من كل سارق وسارقة وقطع الرجل اليسرى انما ثبت بالاجماع **قوله** وخلد في السجن حتى يتوب والمدة التي تظهر فيها التوبة مفوض الى رأي الامام وقال بعضهم يحبس سنة وقال بعضهم حتى يموت وقيل علامة توبته ان يظهر سيماء الصالحين في وجهه .

ويروي مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه فيه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى بما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله او نحمله على السياسة واذا كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا ان كان ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوات الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما تنزلان منزلة الابهام في نقصان البطش

قوله ويروي مفسرا كما هو مذهبه روى ابو هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام قال من سرق قطعت يده اليمنى فان عاد وسرق قطعت رجله اليسرى فان عاد وسرق قطعت يده اليسرى فان عاد وسرق قطعت رجله اليمنى **قوله** فحجهم اي غلبهم بالحجة فانعقد اجماعا ولم يحتج عليه احد بالنص في الباب فبان انه لا نص فيه اذ لو ثبت لبلغهم ولو بلغهم لاحتجوا فان قيل اليس ان اليسرى محل بظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب قلنا لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليد اليسرى عن ان يكون مرادة كمن قال لآخر اعتق عبدا من عبيدي ثم قال عنيت به سالما ولان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار ولان السارق اسم فاعل يدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات لم يرد اجماعا وبفعل واحد لا قطع الا يد واحدة وقد تعينت اليمنى اجماعا فخرجت اليسرى عن الارادة **قوله** والحديث

قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد عفو ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى

طعن فيه الطحاوي فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها اصلا اشار بها الى ما رواه الشافعي رحمه الله من الاحاديث في تصحيح دعواه هذه او يحمل على السياسة او على الانتساخ لانه يحتمل انه كان هذا في الابتداء فقد كان في الحدود تغليظ في الابتداء الا ترى انه قطع الايدي والارجل من العرنيين وسمل اعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد كذا في المبسوط الحداد الذي يقيم الحد يقال منه كالجلاد من الجلد كذا في المغرب ٭

قوله واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا انما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه امر بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي رحمه الله **قوله** والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد اي اجتهد في جواز قطع اليسار نظرا الى اطلاق النص اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفوا لان الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر وهذا موضع اشتهار لان كل واحد يميز بين اليمين واليسار **قوله** والخطأ في الاجتهاد موضوع بدليل قوله تعالى ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها فباذن الله اثبت الاذن بهما مع ان الحق عند الله احدهما ٭

وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف من جنسه ماهو خير منه فلايعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق يساره وقال هذا يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا

قوله وان كان في المجتهدات اي وان كان للاجتهاد فيه مجال تمسكا باطلاق النص وظاهره اذ ليس فيه ذكر اليمين لان المجتهد لا يعذر في عمد الظلم كالقاضي اذا تعمد الجور في حادثة قوله ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف فان قيل اليمنى لم يحصل له بسبب القطع بل كان حاصلا له من قبل قلنا اليمنى من حيث الاعتبار حصل له بقطع اليسرى لانها لما صارت على شرف الزوال فهي كالفائتة من حيث الاعتبار فان قيل لوقطع رجله اليمنى يضمن وقد اتلف واخلف موضاوه والبداية قلنا لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالتالف ليس من جنس الباقي وعلى هذه النكتة لو قطع غير الحداد لا يضمن قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي هذا كله اذا قطع الجلاد بامر السلطان ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطأ الدية قوله لانه قطعه بامره الاترى ان من قطع يد غيره باذنه من غير ان يكون قطعه مستحقا بالسرقة لا يضمن لان البذل في الاطراف يسقط ضمانها فههنا اولى قوله ثم في العمد عنده عليه ضمان المال اي عند ابي حنيفة رحمه الله وانما خص ابا حنيفة رحمه الله بالذكر وان وجب الضمان بالاتفاق لان شبهة عدم وجوب الضمان على السارق انما يرد على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب ضمان اليد على الحداد فيظن ان القطع وقع حدا عنده فلا يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب ضمان الحداد فخصه دفعا لهذا الوهم *

وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي رحمه الله في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا للمغصوب منه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن

قوله وفي الخطأ كذلك اي يجب ضمان المال على السارق على هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع حدا وعدم الضمان على الحداد لانه اتلف وا خلف ماهو خير منه من جنسه لان سقوط الضمان في ضمن وجود القطع حدا وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لان ذلك وقع موقع الحد وعلى طريقتهما وهو ان الضمان بطل بطريقة الاجتهاد لا يضمن لوقوعه موقع الحد **قوله** الا ان يحضر المسروق منه ولم يقل الا ان يحضر المالك لان السارق عندنا يقطع بخصومة المستودع والمستعير **قوله** ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا اي يشترط حضور المسروق منه ومطالبته بالسرقة في الشهادة والاقرار خلافا لابن ابي ليلى فيهما لان القطع خالص حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليها حسبة كالزنا وللشافعي رحمه الله في الاقرار لان الشهادة تبتني على الدعوى في المال بخلاف الاقرار **قوله** وصاحب الربوا قال في المحيط يحتمل انه اراد رجلا باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبض العشرين فجاء سارق وسرق العشرين منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلثة لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب *

وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي رحمه الله بناء على اصله اذ لاخصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة

قوله وكل من له يد حافظة كمتولي الوقف والاب والوصي **قوله** الا ان الراهن انما يقطع بخصومته الاصح من النسخ قوله الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين اي حال قيام المرهون في يد السارق ذكر في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لاسبيل له على اخذ الرهن وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان يأخذه **قوله** لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه اي بدون قضاء الدين هذا على اصح النسخ وفي بعض النسخ حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه اي بدون قيام الرهن لان بالهلاك صار قاضيا دينه فلم يبق له حق فيه وهذه الرواية ليست بصحيحة لان السارق انما يقطع بده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ولاية الاسترداد قبل قضاء الدين والشافعي رح بناه على اصله اذ لا خصومة لهؤلاء عنده في الاسترداد لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة الا ترى انهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم ابقاء لليد فلان لا يملكوا الخصومة في الدعوى منهم اعادة لليد اولى وزفر رح يقول كان لهم ولاية الخصومة ضرورة استرداد المال للحفظ فظهر في حق الاسترداد ولا يظهر في حق القطع ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا ٭

مطلقا اذا لا عتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوى فى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن

قوله مطلقا رد لقول زفر رحمه الله تعالى ان ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ لانهم انما يملكون الخصومة بحكم النيابة والنيابة فيما فيه صيانة المال لا فيما فيه تفويت الصيانة ولو اظهرنا ولاية الخصومة في حق استيفاء القطع لا ظهرنا فيما فيه سقوط الصيانة لانه يسقط عصمة المال عندنا ضرورة استيفاء القطع قلنا خصومتهم واقعة لانفسهم لان كل واحد منهم يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير لان لهم ولاية الحفظ وذا لا يتأتى الا باعادة اليد ولان اليد مقصودة كالملك وقد ازيلت فلهم حق الاعادة لان صاحب اليد ان كان امينا فلا يتمكن من اداء الامانة الا بيده وان كان ضمينا فلا يتمكن من اسقاط الضمان من نفسه الا بيده فكانت الخصومة له لا لغيره ومن هذا خرج الجواب عن اشكال يورد هنا وهو ان الوكيل بالخصومة فى السرقة اذا اقام البينة بالسرقة عند القاضي لا يقطع وان ظهرت السرقة عند القاضي بحجة شرعية بخصومة من هو قائم مقام المالك و يقطع بخصومة هؤلاء لما ذكر ان كل واحد من هؤلاء يخاصم لاعادة اليد الثابتة له الا ترى انه يستغني عن اضافة الخصومة فان قيل القطع عقوبة تسقط بالشبهة ولا تثبت بخصومة المودع كالقصاص قلنا القطع واجب حقا لله تعالى اجماعا وانما شرطت الخصومة لبيان ان المال ليس للسارق ولكن لغيره ونحو المودع يملك هذه الخصومة لما بينا فيقطع لثبوت شرطه بخلاف القصاص لانه حق العبد والمودع قام مقام المودع لبعيد يده التي كانت حقا له في الوديعة وليس في استيفاء المودع اعادة اليد على الوديعة بل تصرف آخر وهو الاتلاف فلم يثبت

فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول اوبعد مادرئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رح يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا و بهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده

قوله فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازعن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فانه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المودع هكذا ذكر في المنتقى لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجز ان يطالب بذلك غيره **قوله** وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة كالو حضر المودع وقال انه كان ضيفا عندي وهذا لان المؤثر شبهة يتوهم وجودها في الحال واما ما يتوهم اعتراضها لا يعتبر الا ترى ان القطع يستوفى بالاقرار وان كان يتوهم اعتراض الرجوع **قوله** لان الخصومة شرط لظهور السرقة اي بالبينة **قوله** لانتهاء الخصومة

واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء ٭

بحصول مقصود ها المقصود من الخصومة استرداد المال و ظهور حق الله تعالى عند القاضي وقد حصل حيث اقام البينة عند القاضي فيكون منتهيا والشيئ بانتهائه يتقرر والرد قبل المرافعة قاطع للخصومة لانه والخصومة شرط ولم يبق لانه لا قضاء الابعد ثبوت السرقة ولا ثبوت الا بالشهادة لعدم الاقرار ولاشهادة بلادعوى ولا دعوى بعد ما وصل المسروق الى المسروق منه وانما يدعي القطع وهو اجنبي عنه ولا قطع بدعوى الاجنبي فكذا بدعواه ولو رده على ولده اوذي رحمه ان لم يكن في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة و حكما و لهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع الى هؤلاء وان كان في عياله لايقطع لان يدمن في عياله كيده حكما ولهذا لايضمن المستعير والمودع بالدفع اليه والوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله يبرء المديون بقبضه وكذا لو رد على امرأته او عبده او اجيره مشاهره او مسانهة ولو دفع الى والده اوجده او والدته اوجدته وليسوا في عياله لايقطع لان لهؤلاء شبهة الملك بالنص فثبتت شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة ولو دفع الى مكاتبه لايقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتب ورده على سيده لا يقطع لان مال المكاتب للمولى رقبة ومن سرق من العيال ورد الى من يعولهم لايقطع لان يده عليهم فوق ايديهم في ماله ٭

قوله واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة وقت الاستيفاء وهذا بخلاف رد المال لانه يوكد الخصومة السالفة وينهيها لحصول المقصود فيبقى تقديرا فاما الهبة فتقطع الخصومة لانه ماكان يخاصم ليهب منه و ثم انما يخاصم ليرد عليه وما يفوت مقصود الشيئ لايكون منهيا له فان قيل اذا تزوج بمن زنى بها يحد قلنا اختلفت الروايات فيه وبعد التسليم الحد باعتبار ما استوفي وذلك متلاش وهنا وجب القطع باعتبار العين وهو باق

قال وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة رحمه الله الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة على ما مر

قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ان الامضاء من القضاء **قوله** بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وانما قال ذلك لانه اذا اقر بالسرقة ثم رجع عن اقراره سقط القطع عنه بالاتفاق **قوله** ولا معتبر بما قال اي الشافعي رحمة الله تعالى عليه وهو قوله لانه لا يعجز عنه سارق بدليل صحة الرجوع يعني ما من مقر الا ويتمكن من الرجوع ومع ذلك صار معتبرا في ايراث الشبهة فكذا هذا **قوله** لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر فان قيل قوله هو مالي مورث الشبهة في حق الراجع كما في المسئلة الاولى لا لانه كان شبهة في حقه لكون

ذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع والعشرة المسروقة الى
لمسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع والعشرة
لمولى وقال محمد رحمه الله لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رح ومعنى هذا
اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع
في الوجهين وقال زفر رح لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على
نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار
على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يواخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه
مسلطا من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره
من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لاتهمة في هذا
الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد رحمه الله
ان المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال
المولى ولا قطع على العبد في سرقته مال المولى ويؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع

في حق الآخر شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قلنا سقط القطع عن الراجع برجوعه
بطريق الشبهة فاما في المسئلة الاولى ليس ذلك رجوعا لان المسئلة فيما اذا ثبت
البينة فلا يكون قوله هو مالي رجوعا فاعتبر شبهة

قوله واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها قيد بالمحجور لانه لا خلاف
في المأذون عند علمائنا الثلثة وبقوله بعينها لانه لا خلاف في المستهلكة عندهم ايضا
قوله ولانه لا تهمة الى قوله ومثله مقبول على الغير كما اذا شهد العبد عند الامام برؤية
هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم تقبل في سائر
المواضع لما انه لا تهمة فيه لانه يلزمه الصوم بهذا ويلزم غيره وكذا لو اقر

فعب

حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رحمه الله انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ماذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي تقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع انما يجب بالسرقة من المودع

الحر المديون المفلس بالقتل العمد فانه يقبض بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون ارباب الديون *

قوله حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع الا ترى ان المسروق منه لو قال ابغي المال ولا ابغي القطع تسمع خصومة ولو قال ابغي القطع ولا ابغي المال لا يسمع خصومته ويثبت المال دونه كما لو شهد به رجل وامرأتان او اقربا لسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقرار قد صح منه بالقطع لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال وهذا لان الجزاء انما يجب عليه بسبب الجناية والجناية انما تتحقق بواسطة التكليف والتكليف انما يتحقق من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال **قوله** لان الاقرار يلاقي حالة البقاء لان الاقرار اخبار عن امر كائن فلا بد وان يتحقق ذلك الشيء حتى يتصور الاخبار منه

اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فلانه [illegible] المولى يقطع في [illegible] الزوال المانع

قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت الى صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم اوشرب خمر مملوكة الذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد

قوله اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى اي لا يجب بحال وان سرق من مودع المولى ونحوه **قوله** وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو قوله واذا كانت مستهلكة لان الهلاك في عدم وجوب الضمان فوق الاستهلاك فان المودع يضمن بالاستهلاك ويضمن بالهلاك فاذا ثبت عدم وجوب الضمان في الاستهلاك يثبت في الهلاك بالطريق الاولى **قوله** اوشرب خمر مملوكة للذمي اي على اصلكم فان عنده لا يجب ضمان الخمر بالاستهلاك وان كانت للذمي **قوله** لانه اي لان السارق يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ كما في الغصب وعن هذا قالوا ان هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في الغصب **قوله** وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي يعني ان وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع وانتفاء القطع غير منتف فيبقى الضمان بالضرورة لان انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم

اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان

قوله اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع لان الحرمة لحق العبد لا يوجب حرمة عينه وما كان حلالا في نفسه لا يصلح سببا للعقوبة كشرب عصير الغير واخذ ماله غصبا انما الموجب للعقوبة فعل هو حرام بعينه فلا بد من انتقال العصمة من العبد الى الرب قبيل السرقة ليكون ورود الجناية على حق الله تعالى فان قيل فعله لاقى عصمتين عصمة الله تعالى وعصمة العبد فكان جنايتين كما في القتل خطأ تجب الكفارة والدية وفي قتل صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء والقيمة وفي شرب خمر الذمي يجب الحد والضمان قلنا في النفس حقان حق الشرع وحق العبد فوجب الضمانان والجزاء في قتل صيد الحرم بهتك حرمة الحرم والضمان باتلاف مال الغير والحد وجب بشرب الخمر صيانة لعقله والضمان باتلاف مال متقوم للذمي جبر لحقه وهنا الجناية متحدة لان محلها العصمة وهي واحدة وقد صارت لله تعالى فلم يبق للعبد والجناية الواحدة متى اوجبت جزاء الفعل كملا لا يوجب بدل المحل كقطع اليد قصاصا لا يجب معه بدل المحل وهو الارش ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لان ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى القطع تبين ان العصمة كانت له فلا يضمن والا ظهر انها كانت للعبد فيضمن فان قيل ان انتقلت العصمة قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب لانه لا سبب سوى السرقة وان انتقلت بعدها لا يفيد لان السبب صادف محلا معصوما للعبد وان انتقلت معها فهو

لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة*

باطل ايضا لان السرقة زمان الوجود ليست بموجودة فكيف يثبت الحكم وقت الوجود قلنا ينتقل قبيل السرقة شرطا لصيرورة الجناية على حقه مع ضرورة استيفاء الحد الذي هو حقه كما يثبت الملك في قوله اعتق عبدك عني على الف فقال اعتقت ضرورة صحة العتق اقتضاء ولهذا قلنا في رواية يضمن بالاتلاف لان العصمة انما تسقط ضرورة فتظهر في فعل السرقة دون غيرها اذ الثابت ضرورة لا يعدو موضعها والاتلاف فعل آخر فلا يظهر في حقه فيضمن كما لو اتلف غيره وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاتلاف اذ لا حاجة الى نقل العصمة في حق الغير فيبقى معصوما حقا للعبد نظرا الى الغير فيضمن*

قوله لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة اي سقوط العصمة في حق الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في حق الهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق وبين الضمان لان الضمان مال معصوم حقا للعبد في حالتي الهلاك والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقاله في حالة الاستهلاك فقط فاذا انتفى المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص وروى هشام عن محمد رحمه الله ان السارق لا يضمن في الحكم فامافيما بينه وبين الله تعالى يفتى بالضمان لان المسروق منه قد لحقه الخسران والنقصان من جهته بسبب هو متعد فيه ولكن تعذر على القاضي القضاء بالضمان لما ذكرنا فيفتى برفع النقصان الذي لحقه من جهة السارق فيما بينه وبين ربه كذا في المبسوط وذكر في الايضاح قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحل للسارق ان ينتفع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذلك اذا خاطه قميصا لم يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد

قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا احضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة ولهان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي اما الوجوب بالجناية فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد فخاصم في البعض ...

تعذر ايجاب الضمان فلا يطلق له الانتفاع وهذا كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا من اموالهم لم يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان ويفتى بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الحربي اذا اخذ شيئا من اموالنا ثم اسلم لم يحكم عليه بالرد ويفتى بالرد فيما بينه وبين الله تعالى وكذا السارق اذا استهلك المال المسروق يفتى باداء الضمان فيما بينه وبين الله تعالى والاصل في هذه المسائل كلها ان كل فعل انعقد سببا لوجوب الضمان وتعذر ايجابه بعارض ظهر اثر ذلك العارض في حق الحكم واما الفتوى فيما بينه وبين الله فيعتبر قضية السبب *

قوله لان مبنى الحدود على التداخل ومعنى التداخل الاكتفاء بحد واحد **قوله** فاذا وجد القطع وقع عن الكل فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم باذلا للمال اذ لا يصح البدل من واحد عن الكل قلنا بذل المال له سقوط عصمته امر شرعي ثبت بناء على استيفاء القطع لا باعتبار العبد الا ترى انه يستوفيه من يملك البذل ومن لا يملكه كالاب والوصي والله اعلم بالصواب *

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم اي بعد الشق يساوي عشرة دراهم فيشترط كمال النصاب عند الاخراج **قوله** لان فيه سبب الملك وانما قلنا ذلك لان المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك فان سبب الملك لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق كذا في الاسرار **قوله** وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع والجامع بينهما هو ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك **قوله** ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش واللام فيه للعهد يدل عليه قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ **قوله** وكما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فثبت به الملك للبائع فكذلك هنا يقطع وان انعقد سبب الملك

وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لا يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه

وهو الشق وان كان الخرق اتلافا لم يقطع لانه استقر الضمان وانه ينفي القطع وقال ابويوسف رحمه الله يقطع كذا في الايضاح وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله في حد الاتلاف ان ينقص اكثر من نصف القيمة ۰

قوله وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا وقيل في حد الفاحش ان ينقص ربع القيمة وقيل ما لا يصلح الباقي لثوب ما والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لعدم سبب الملك لانه ليس له اختيار تضمين كل القيمة بل له تضمين قيمة النقصان فان قيل قد اوجبتم مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان قلنا انما لا يجتمعان كيلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء **قوله** يجب فيه القطع من صورة المسئلة اي سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع بان يساوي عشرة دراهم **قوله** فلم يملك عينه اي عين المسروق وهو الذهب والفضة وانما ملك المضروب

فان سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فيه لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤخذ منه الثوب ويعطى مازاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رحمه الله زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة رحمه الله السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله فرجحنا جانب السارق فان قيل لو انقطع حق المالك يملكه السارق من حين صبغه فيجب ان يمتنع القطع قلنا انما يوجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه بوجه من الوجوه فصار كحنطة طحنها السارق يجب القطع وان ملك الدقيق لان القطع انما يجب بسرقة الحنطة وبالطحن يملك الدقيق دون الحنطة تحقيقه ان ثبوت الملك للسارق لرجحان الصنع لكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبله **قوله** فاستويا من هذا الوجه اي من حيث ان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا اي بما ذكرنا من كون الثوب اصلا دائما فان الثوب باق بنفسه والصبغ باق بالثوب **قوله** وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني مذهب ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فعند ابي حنيفة رحمه الله

فعد

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان يأخذ وا مالا ويقتلوا انفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذ وا مال مسلم اوذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ماتبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذ وا مالا قتلهم الامام حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمرادمنه والله اعلم التوزيع على الاحوال

السواد نقصان وليس بزيادة والمسروق اذا انتقص عند السارق لاينقطع حق المسروق منه فله ان يأخذ الثوب ولا يعطي شيئا وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد زيادة لكن محمدا رحمه الله لايقول بانقطاع حق المالك بمثل هذه الزيادة كما في الحمرة فيأخذه ويعطيه مازاد الصبغ فيه كما في الحمرة وابويوسف رحمه الله يقول ينقطع حق المالك ولا سبيل عليه كما في الحمرة والله تعالى اعلم بالصواب •

باب قطع الطريق

اعلم بان قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى اما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق يأخذ المال خفية وسرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقام المالك واما تسميتها بالكبرى لان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى بخص الملاك باخذ ملكهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق كذا في المحيط

قوله واذا خرج جماعة اطلق اسم الجماعة فتناول المسلم والكافر والحر والعبد

وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها

وذكر في المبسوط واذا قطع قوم من المسلمين او من اهل الذمة على قوم من المسلمين او من اهل الذمة ممتنعين اي متقوين بانفسهم بحيث يمنعون تعرض الغير عن انفسهم او واحد يقدر على الامتناع اي على التقوي ومنع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته قتلهم الامام حدا حتى لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسقط ضمان المال المأخوذ حقا للعبد والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية اي يحاربون اولياء الله على حذف المضاف لان احدا لا يحارب الله ولان المسافر في البراري في امان الله تعالى وحفظه متوكلا عليه فالمتعرض له كانه يحارب الله تعالى والمراد منه التوزيع على الاحوال كانه قال ان يقتلوا ان قتلوا الخ لا التخيير كما قال مالك رح متشبثا بظاهر الآية اوثبت ذلك بقوله ع م من اخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن اخذ المال وقتل صلب *

قوله وهي اربعة وذكر الامام التمرتاشي رح فالاحوال خمس احدها خوفوا لا غير وهنا عزروا ادنى التعزير وحبسوا حتى يتوبوا والثانية اخذوا الاموال وفي هذا اذا تابوا قبل ان يؤخذوا ثم اخذوا لم يحدوا ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك ولو اخذوا قبل التوبة قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف يعني اليد اليمنى والرجل اليسرى وردوا المال القائم ويسقط ضمان الهالك والثالثة جرحوا لا غير وفيه القصاص فيما يجري فيه القصاص والارش فيما لا يجري والاستيفاء الى صاحب الحق والرابعة اخذوا المال وجرحوا وهنا يقطع ايديهم وارجلهم من خلاف وبطل حكم الجراحات لان حكم مادون النفس حكم الاموال فيسقط والخامسة اخذوا المال وقتلوا او قتل احدهم رجلا بسلاح او غيره فالحق هنا للامام على ما هو المذكور في الكتاب *

اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة موبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما لا له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناها ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم اوصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم

قوله اما الحبس في الاولى اي في الحالة الاولى وهي ما اذا اخذ واقبل ان يأخذوا ما لا ويقتلوا نفسا فلانه المراد بالنفي المذكور في الآية وقال الشافعي رحمه الله المراد من النفي الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له **قوله** وشرط كمال النصاب وقال مالك رحمه الله المعتبر ان يكون المأخوذ في نفسه نصابا كاملا سواء اخذه الواحد او الجماعة وهكذا مذهبنا في السرقة الصغرى وقال الحسن بن زياد رحمه الله الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وهنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا باعتبار عشرين درهما ولكنا نقول بغلظ الحد هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ نفي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء **قوله** كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كان يده اليسرى شلاء

قال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معافي الكبرى حداواحداوان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لافي حدواحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود به التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه ثم قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي رحمه الله وعن الطحاوي رحمه الله انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به ٠

ومقطوعة لم يقطع رجله اليمنى واما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة يقطع رجله اليسرى كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه ٠

قوله وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يقتل او يصلب وفي عامة الروايات قول ابي يوسف مثل قول محمد رحمه الله **قوله** لانه جناية واحدة وهي قطع المارة عن الطريق **قوله** كحد السرقة والرجم يعني ان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لاغير لان القتل يأتي على ذلك كله **قوله** والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنا لاتتداخل فان قيل هذا فاسد لان الامام ان يقتله ويدع القطع وعلى قود هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع كما ليس له ولاية ترك بعض الجلدات قلنا ولاية ترك القطع لابطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب في اجراء حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعد

قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبة حتى ينقطع ويسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة *

قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردء للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق *

قال والقتل وان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لاحد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لايقام بعد التوبة

فلا يشتغل كالزاني اذا ضرب خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لافائدة في اقامته كذا في المبسوط *

قوله وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه وكذلك ان اخذوا قبل التوبة وقد قتلوا اوجرحوا عمدا ولكن ما اخذوا من الاموال شيئا تافها اولايصيب كل واحد منهم نصاب فالامر في القصاص في النفس وغيرها الى الاولياء فان شاؤا استوفوا وان شاؤا عفوا وقد طعن عيسى رحمه الله في هذه المسئلة وقال يقتلهم

للاستثناء المذكور في النص اولان التوبة يتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو

الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم الامام حدا لا قصاصا وهذا لان مادون النصاب لما لم يتعلق به حكم كان وجوده كعدمه ولانه تتغلظ جنايتهم باخذ شيء من المال وما تتغلظ به الجناية لا يكون مسقطا ولكن ما قلناه اصح وهو المذكور في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود والظاهر انهم يقصدون بقطع الطريق اخذ المال وانما يقدمون على القتل ليتمكنوا من اخذ المال واذا لم يأخذوا عرفنا ان مقصودهم لم يكن المال وانما كان القتل فاوجبنا عليهم الحد قتلا بالقتل الموجود منهم فاما اذا اخذوا الاموال عرفنا ان مقصودهم كان اخذ المال وان اقدامهم على القتل كان للتمكن من اخذ المال فباعتبار ما هو المقصود لايمكن ايجاب الحد عليهم اذا كان مايصيب كل واحد منهم مادون النصاب كذا في المبسوط وعدّ هذه المسئلة من اعجب المسائل وامر بحفظها وكونها اعجب من حيث ان ازدياد الجناية باخذ ما دون النصاب مع القتل اورث في حقه خفة في فعله حيث جعل للعفو مجالا بخلاف مالو لم يأخذ شيئا وقيل ليس للعفو فيه مجال بل يقتل حدا ٭

قوله للاستثناء المذكور فان قيل لم ينصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة كما في آية القذف فما وجه الفرق قلنا لان قوله اولئك هم الفاسقون لايصلح جزاء بل هي حكاية حال قائمة فصارت هذه الجملة فاصلة بين الجزاء والاستثناء فيصير الاستثناء على هذه الجملة وهنا العذاب العظيم في الآخرة جزاء فعله كالذي تقدم فالتحق الاستثناء بالكل **قوله** اولان التوبة يتوقف على رد المال ليقطع به خصومة رب المال

ويجب الضمان اذا هلك في يده اوا ستهلكه وان كان في القطاع صبي اومجنون
اوذورحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي
والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لوباشرالعقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع
ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم
ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل
الباقين بعض العلة وبه لايثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واماذوالرحم المحرم

فان الامام لا يقيم الحد الا بخصومة صاحب المال في ماله وقد انقطعت خصومته لوصول
المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد.

قوله ويجب الضمان اذا هلك في يده اوا ستهلكه فان قيل ان التوبة لما توقفت
على رد المال كيف يقال بوجوب الضمان اذا هلك في يده وانه يوجب الحد
قلنا الكلام فيما اذا تاب وقد رد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض
او هلك في يده حينئذ يصح توبته ويجب الضمان وفي معالي الاخبار للكلاباذي
رحمة الله تعالى عليه ان من اخذ مال الغير لغرض واتلف البعض ثم ندم
على ذلك الصنع ورد ... على عزم تدارك ما فات يكون تائبا وذكر
في الاصل ان رد المال منهم للتوبة فيكون نفس التوبة شبهة في درء الحد
وظهر حق العبد في العفو والتضمين **قوله** لوباشر العقلاء يحد الباقون اي الباقون
من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء البالغين **قوله** وفي عكسه ينعكس
المعنى والحكم اي اذا باشر الصبي والمجنون يسقط الحد لان الخلل ههنا في
الاصل وهو المباشر **قوله** فصار كالخاطئ مع العامد اي اذا اشتركا في
القتل فانه لا يجب القود

فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والا صح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه *

قوله فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم قال ابو بكر الرازي رحمه الله المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم حتى لا يجب باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم فيصير شبهة في نصيب الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم ياخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الاجنبي والصحيح انه مجري على اطلاقه لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانهم قصدوا اخذ ذلك كله بفعل واحد فاذا تمكنت الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم فهو كتمكن الشبهة في جميعه **قوله** على ماذكرناه اشارة الى قوله انه جناية واحدة قامت بالكل **قوله** فيهم اي في المقطوع عليهم **قوله** لخلل في العصمة وهو يخصه نظيره لو سرق مال المسلم مع مال المستأمن من بيت يسكنان فيه يجب القطع على السارق لوجود تمام السرقة وهو اخذ مال معصوم من الحرز وسقوط العصمة في حق المستأمن لا يخل بالسرقة لانه يختص به فكذا هنا **قوله** اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز كدار يسكنها اخو السارق واجنبي فسرق مال الاجنبي لا يقطع لما ان الخلل في الحرز وكذا هنا *

فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا عنه واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر وبين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء

قوله لان الظاهر لحوق الغوث اي من الامام والناس فلا يمتنع التطرق فلا يتحقق القطع ولان السبب محاربة الله تعالى وهي انما تتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيصير في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن يتعرض له يكون محاربا لله تعالى فاما في المصر وفيما بين القرى فيلحقه الغوث من السلطان والناس وهو يعتمد عليهما فيتمكن النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد وقال بعض المتأخرين ان ابا حنيفة رحمه الله اجاب بذلك بناء على عادة اهل زمانه فان الناس في المصر وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح مع انفسهم فيتحقق بذلك دفع قاصد قطع الطريق ولو تحقق يكون نادرا فلا يبنى الحكم عليه وكذا ينه وبين الحيرة والكوفة لاتصال عمران احدا الموضعين بالموضع الآخر فاما الآن فقد صاركالبرية وتركوا عادة حمل السلاح في الامصار فيتحقق قطع الطريق في الامصار وفيما بين القرى

لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه في باب الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله تعالى اعلم بالصواب *

وعن ابي يوسف رحمه الله في المصر وفيما بين القرى ان قطعوا بالسلاح حدوا وان قطعوا بالحجر والخشب نهارا لا وان كان ليلا حدوا لان السلاح لا يلبث فلا يلحقه الغوث واما الخشب والحجر فيلبث فيدركه الغوث ويقل الغوث بالليالي فالامران فيها على التساوي * .

قوله لما بينا اشارة الى قوله قبله لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد
قوله ومن خنق بالتخفيف والله تعالى اعلم بالصواب *



كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عم في مغازيه

قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام

كتاب السير

السير هي جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه وفي المنشور السير جمع سيرة وهي فعلة من السير وقد يراد به السير الذي هو قطع الطريق وقد يراد به الشبه في المعاملات يقال سار ابو بكر بسيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وسميت المغازي سيرا لان اول امورها السير الى العدو وان المراد بها سير الامام ومعاملاته مع الغزاة والانصار ومنع العداة والكفار وذكر في المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان صاحب الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج وقالوا السير الكبير فوصفوها بصيغة المذكر لقيامها مقام المضاف الذي هو الكتاب كقولهم صلى الظهر والسير الكبيرة خطأ كجامع الصغير وجامع الكبير*

وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل والاولى في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم

قوله وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لانه انما سقط الفرض من الكل لحصول الكفاية بالبعض فاذا لم يحصل هذا المعنى تعين الفرض على كل الناس وانما شرط في ذلك من كان فيه غنى ورفاع لان من لاينتفع به عاجز عن اقامة الفرض والتكليف لايتأتى مع العجز كما في سائر العبادات كذا في الايضاح قوله فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية قيل خفافا في النفير لنشاطكم وثقالا عنه لمشقته عليكم وقيل خفافا من السلاح وثقالا عنه وقيل ركبانا ومشاة وقيل مهازيل وسمانا وقيل عزابا ومتأهلين وقيل شبانا وشيوخا وقيل مشاغيل وغير مشاغيل وقيل اغنياء وفقراء وقيل خفافا الى المنازل وثقالا في المصابرة فان قيل هذه الآية باطلاقها تدل على ان يكون الجهاد من فروض الاعيان في جميع الاحوال لانها غير مختصة بالنفير فما وجه التخصيص بالنفير العام مع ان العبرة لعموم اللفظ قلنا عرف كون الجهاد من فروض الكفاية فيما اذا لم يكن النفير عاما بآية اخرى والسنة وشيء من المعقول اما الآية فهي قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى الله تعالى وعد للقاعدين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لا ستحق القاعدون الاثمة دون الحسنى واما السنة فقد صح ان النبي عليه السلام حين خرج الى الغزو ما كان يخرج كل اهل المدينة فلو كان فرض عين لم يدع احدا منهم واما المعقول فهو ما ذكر في الكتاب ان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد

فعز

فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على الصبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج

قوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد باول الكلام الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة اذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان بمجموعه اشارة الى الوجوب وآخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم اشارة الى انتهاء حكم السعة وذكر في الذخيرة فاذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فاما من وراءهم يبعد من العدو فهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه اذا لم يحتج اليهم فاما اذا احتيج اليهم بان عجز من كان يقرب من العدو عن المقاومة مع العدو ولم يعجزوا عن المقاومة الا انهم تكاسلوا ولم يجاهدوا فانه يفترض على من يليهم فرض عين كالصوم والصلوة ولا يسعهم تركه ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج ونظيره الصلوة على الميت فان من مات في ناحية من نواحي البلدة فعلى جيرانه واهل محلته ان يقوموا باسبابه وليس على كل من كان يبعد من الميت ان يقوم بذلك وان كان الذي يبعد من الميت يعلم ان اهل المحلة يضيعون حقوقه او يعجزون عنه كان عليه ان يقوم بحقوقه كذا ههنا ثم يستوي ان يكون المستنفر عدلا او فاسقا يقبل خبره في ذلك **قوله** وقتال الكفار واجب

قال ويكره الجعل على القتال ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين ٭

قال فاذا لم يكن فلا باس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد والله تعالى اعلم بالصواب ٭

اي الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام وعن اداء الجزية وان لم يبدؤا وانما ذكر هذا لان ظاهر قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالمقاتلة وليس كذلك بل يجب مقاتلتهم وان لم يبدؤا اعلم ان رسول الله عليه السلام كان مأمورا في الابتداء بالصفح والاعراض عن المشركين قال الله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن قال تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداءة منهم فقال اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع وقال تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقال تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان قال الله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن كلها قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ٭

قوله ويكره الجعل اراد بالجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد **قوله** فلا باس بان يقوي بعضهم بعضا لانه اعانة على

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة اوحصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال النبي عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله عليه السلام امراء الجيوش ولانه احد ماينتهي به القتال على مانطق به النص وهذا في حق من يقبل منه الجزية ومن لايقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا

البر وجهاد بالمال وكلاهما منصوصان واحوال الناس في الجهاد يتفاوت فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما ومنهم من يقدر عليه بالنفس لقدرته دون المال لفقره ومنهم من يقدر بالمال لغناه دون النفس لعجزه فيجهز الغني بماله للفقير القادر حتى يكون الخارج مجاهدا بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا والله تعالى اعلم بالصواب ٥

باب كيفية القتال

قوله فحاصروا مدينة اوحصنا حاصره العدو محاصرة وحصارا اذا ضيقوا عليه واحاطوا به مدن الرجل بالمكان اقام ومنه سمي المدينة والحصن بالكسر كل مكان محمي محرز لايتوصل الى ما في جوفه فالمدينة اكبر من الحصن **قوله** على مانطق به النص وهو قوله تعالى

والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القرآن والله اعلم
ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام
في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون
انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى
مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين
او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة
مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق
وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله تعالى عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق
والغارة لا تكون بدعوة ٭

قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى ان قال حتى يعطوا الجزية ٭
قوله والمراد بالبذل القبول بطريق اطلاق اسم المسبب على السبب اذ القبول
سبب البذل لانه مفض اليه وهذا كما في قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة
وآتوا الزكوة اي قبلوا **قوله** وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن اراد به
قوله تعالى حتى يعطوا الجزية **قوله** فنكفى مؤنة القتال بالنون على بناء المفعول
قوله للنهي وهو ما روي انه عليه السلام قال لعلي رضي الله تعالى عنه ولا تقاتل
قوما حتى تدعوهم الى الاسلام لان يهدي الله تعالى احدا على يديك خير لك
مما طلعت عليه الشمس وغربت **قوله** ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين اي
عند الشافعي رحمه الله او الاحراز بالدار عندنا وقال الشافعي رح يضمن لحرمة القتل
قلنا العاصم عندك هو الدين ولم يوجد ومجرد حرمة القتل لا يكفى لوجوب الضمان
كما في قتل النساء والصبيان وعندنا الاحراز بالدار ولم يوجد ابنى بوزن حبلى موضع بالشام ٭

قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه الصلوة والسلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور *

قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه الصلوة والسلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة *

قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم

البويرة بوزن لفظ مصغرا الدار موضع *

قوله ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير وقال الحسن بن زياد اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين وكان مراعاة جانب المسلم اولى ولكنا نقول امرنا لقتالهم ولو اعتبرنا هذا المعنى ادى الى سد باب القتال معهم فان حصونهم ومدائنهم قل ما يخلو عن مسلم عادة ولانه يجوز لنا ان نفعل ذلك بهم وان كان فيهم نساؤهم وصبيانهم فكما لا يحل قتل المسلم لا يحل قتل نسائهم وصبيانهم كذا في المبسوط

قوله عن بيضة الاسلام اي مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها وهو انها

لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذروا التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد بني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان *

مجتمعه كما ان تلك مجتمع الولد كذا في المغرب *

قوله لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام **قوله** وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة وقال الشافعي رحمه الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم وانا نقول اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا مطلقا والمباح المطلق لا يوجب الكفارة والدية كذا في المبسوط فان قيل ينبغي ان تجب الدية عليهم لقوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج (مفرح) اي مبطل قلنا خص عن هذا الحديث قاتل قطاع الطريق والبغاة فيخص المتنازع فيه لضرورة اعلاء كلمة الله **قوله** بخلاف حالة المخمصة اي يجب الضمان اذا اكل مال الغير حالة المخمصة وهذه هي التي قاس عليها الحسن بن زياد فقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة فيجب الضمان هذا بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع من تناول مال الغير مخافة الضمان لان فيه احياء نفسه اما الجهاد فلان بناءه على اتلاف نفس سواء الكفار وقد يكون فيها ما مأمون فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن القتال وهو فرض *

قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما موفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فاما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف

قوله لما بينا اشارة الى قوله لتقدم حق المولى والزوج **قوله** والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر قال عليه السلام لا تمثلوا ببنا مية الله تعالى اي بخلق الله تعالى وروي عن عمران بن الحصين رضي الله عنه انه قال ما قام رسول الله عليه السلام فينا خطيبا بعد ما مثل العرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد الحرمة كذا في المبسوط **قوله** ولا شيخا فانيا ذكر في الزخيرة

والشافعي رحمه الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت *

قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب او تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتل مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ماداما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه

هذا الجواب في الشيخ الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال لانه اذا كان قادرا على الاحبال يجيء منه الولد فيكثر من يحارب المسلمين *

قوله والشافعي رحمه الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ والمقعد الى قوله والحجة عليه ما بينا اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق اي لو كان نفس الكفر علة لقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف **قوله** والذراري اي النساء هنا **قوله** هاه هي كلمة تعجب **قوله** الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب وقد صح ان النبي عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنه وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأي كذا في الذخيرة *

فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله تعالى اعلم بالصواب ٠

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به

قوله فان ادركه امتنع عليه وذكر في الذخيرة واذا ظفر الابن بابيه في الصف لا ينبغي ان يقصده بالقتل ولا ينبغي ان يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه يلجيه الى موضع يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله ولو كان المشرك اخا له له ان يبتدئ بقتله فان قيل قد سوي بين الاخ الباغي والاب الباغي حتى لا يحل للعادل ان يبتدئ كل واحد منهما بالقتل فلم فرق هنا بينهما قلنا الاخ اذا كان مسلما يجب احياؤه بالانفاق عليه كذا يجب احياؤه بالكف عن قتله وان كان باغيا واذا كان كافرا لا يجب احياؤه بالانفاق عليه فكذا لا يجب احياؤه بالكف عن قتله بخلاف الوالدين فانه يجب احياؤهما اذا كانا كافرين بالانفاق عليهما فكذا يجب الاحياء بالكف عن قتلهما والله تعالى اعلم بالصواب ٠

باب الموادعة ومن يجوز امانه

قوله واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين

ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم الامام وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا من الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر .

فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولا يجب عليه لان الصلح انما شرع نفعا في حق المسلمين فلو وجب لصار حقا عليهم فينقلب الحكم على عكسه وهذا كالاصطياد شرع حقا لنا فلو وجب لصار حقا علينا فان قيل الآية عامة تقتضي ان لا يكون في المصالحة باس كان فيها مصلحة او لم تكن وقد قيدت بالمصلحة قلنا هذه الآية محمولة على ما اذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية اخرى وهي قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا يلزم التناقض لان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكر في الكتاب .

قوله ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشر سنين فكانت هذه المدة من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص **قوله** لتعدي المعنى وهو دفع الشر لما انه يحتمل ان يكون مصلحة المسلمين فيما زاد على عشر سنين بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يوادعهم لقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان قتال المشركين فرض وترك ما هو فرض من غير عذر لا يجوز **قوله** لانه ترك الجهاد صورة ومعنى

قال وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى واذا رأى الامام موادعة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كانت بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظروا في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام

اما صورة فظاهر حيث ترك القتال واما معنى فانه لما لم تكن فيه مصلحة للمسلمين لم تكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى ايضا *

قوله لما بينا من قبل اي ان المقصود من الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى لا سلب الاموال الا ان اخذ المال يجوز لحاجة المسلمين كالجزية **قوله** اذا لم ينزلوا بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب **قوله** ولو اخذه لم يرد عليهم لانه مال غير معصوم وفي الرد عليهم معونة لهم على القتال

الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض اوالانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه والله تعالى اعلم بالصواب

قوله الا اذا خاف الهلاك اي الا اذا خاف الامام الهلاك على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذ لا باس ان يفعله لما روي ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون كما قال الله تعالى هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله عليه السلام الى عيينة بن حصين وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله عليه السلام قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض لما امرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشرى او قرى فاذا اعزنا الله تعالى في الدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه السلام اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذلك اذهبوا ولا نعطيكم الا بالسيف فقد مال رسول الله عليه السلام الى الصلح في الابتداء لما احس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع من ذلك وقد كان رسول الله عليه السلام يعطي المؤلفة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل انه لا باس بذلك عند خوف الضرر كذا في المبسوط **قوله** لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن

فصل

اذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا وجماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد

وفي هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بقتل غيره لا يجب عليه دفع الهلاك عن نفسه بقتل غيره بل الصبر عن قتل الغير واجب وكذلك لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بالزنا فكان معنى المذكور في الكتاب لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن سوى المستثنيات التي لا اباحة في مباشرتها ورخص فيها ولم يجب الاقدام عليها يقال مار اهله اي اتاهم بالطعام والله اعلم بالصواب ‌•

فصل

قوله صح امانهم هذا من قبيل اضافة المصدر الى المفعول وهو جماعة الكفار او اهل الحصن منهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون يتكافأ دماؤهم اي يتساوى في حكم القصاص والدية لا فضل لشريف على وضيع فيكون دليلا على مساواة العبد الحر في حكم القصاص

ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم لانه يذكر الادنى ويراد الاقل قال الله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكبر ويقال ادنى الجمع ثلثة ثم المراد من الاقل ههنا الواحد لانه لا اقل منه وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال ادنى المسلمين العبد ولكنا نقول ادناهم اقلهم فيكون دليلا على صحة امان الواحد وقيل المراد الفاسق لانه لا يظن برسول الله عليه السلام ان ينسب العبد الورع الى الدناءة وقيل معناه اقربهم الى اهل الحرب وهو من يسكن الثغور مشتق من الدنو وهو القرب لا من الدناءة كذا في المبسوط

ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح *

قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام الامان لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية على المسلمين

قوله ولانه من اهل القتال اي ولان كل واحد من الرجل والمرأة فانها ايضا من اهل القتال بالتسبيب وهو اما بالمال او بعبدها واما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل اي بنفسها وفي المبسوط وروي ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها امنت زوجها ابا العاص بن الربيع فاجاز رسول الله عليه السلام امانها قوله لملاقاته محله اي لملاقاة الامان محله لان محل الامان هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا ثم يتعدى الى غيره اي الامان يتعدى الى غيره اي غير الذي آمن من اهل الاسلام كما في شهادة هلال رمضان فيلزم عليه الصوم اولا ثم يتعدى منه الى غيره ولذلك تقبل شهادة الفرد فيه لانه غير متهم ولان سببه وهو الايمان اي التصديق بالقلب لا يتجزى هكذا الامان لا يتجزى كولاية الانكاح فانه اذا وجد الانكاح من احد الاولياء المتساويين في الدرجة يلزم صحة النكاح في حق كل الاولياء لان سبب الولاية وهو القرابة غير متجز فلا تتجزى الولاية نظيره الصغيرة اذا كان لها اخوان يكون لكل واحد منهما ولاية التزويج فكذلك ههنا قوله ويؤدبه الامام اي يؤدب الذي امن لافتياته على رأي الامام واستبداده

قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعي رحمه الله وابو يوسف رحمه الله معه في رواية ومع ابي حنيفة رحمه الله في رواية لمحمد رحمة الله تعالى عليه قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابوموسى الاشعري رضي الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الامان

برأيه افتعال من الفوت وهو السبق ٭

قوله لما بينا اي من ان الامان يختص بمحل الخوف وهم لا يخافون المسلم في دار الحرب ولم يهاجر **قوله** ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يأذن له مولاه في القتال امان العبد المأذون له في القتال صحيح بالاتفاق لما روي ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل **قوله** وبالمؤبد من الامان وهو عقد الذمة يعني اذا عقد حربي عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله واعتبار وقت الذمة في اخذ الجزية من وقت العقد مع العبد ٭

فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقيق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لايملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لايخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لايملك المسابقة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لايعري عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخاطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضي به والخطاء نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام

قوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة يشير الى قوله ولانه مؤمن ممتنع فيصح جعل كونه مؤمنا ممتنعا علة لصحة امانه يعني انما شرط الايمان لان الجهاد عبادة والكافر ليس باهل لها وشرطنا الامتناع اي كونه ذا امتناع وقوة ليكون الامان من محله وهو الذي يخاف منه بخلاف امان الاسير والتاجر الذي في ايديهم حيث لم يصح لانهم لا يخافونه **قوله** والتأثير اعزاز الدين اي الفائدة في هذا الامان اعزاز الدين واقامة المصلحة لجماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة اي انما يصح امان العبد المحجور على اعتبار ان يكون فيه نفع للمسلمين **قوله** والامان نوع قتال لان المقصود بالقتال دفع شرهم عن المسلمين وبالامان يحصل ذلك فيكون نوع قتال **قوله** وفيه ما ذكرناه اي في امان العبد المحجور ما ذكرنا في قتاله من انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعري عن احتمال الضرر في حقه ه

فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه تعا بل بالجزية ولا نه مفروض عند مسألتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا ولوآمن الصبي وهو لايعقل لايصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق والله تعالى اعلم بالصواب *

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة

قوله فهو بمنزلة الدعوة اليه اي الامان المؤبد بمنزلة الدعوة الى الاسلام وللعبد ولاية عرض الاسلام على غيره **قوله** واسقاط الفرض نفع محض فيصح منه كقبول الهبة والصدقة والامان يتردد بين النفع والضرر ولهذا لايفترض الاجابة اليه والتصرف الذي فيه توهم الضرر في حق المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فمافيه الضرر به وبالمسلمين ببطلان حقهم في الاستغنام اولى ان لا يملكه بنفسه والله اعلم بالصواب *

باب الغنائم وقسمتها

الغنيمة عن ابي عبيدة مانيل من اهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها ان تخمس وسائرها بعد الخمس للغانمين خاصة والفيء مانيل منهم بعد ماتضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وحكمه ان يكون لكافة المسلمين ولا تخمس والنفل ما ينفله لغازي اي يعطاه زائدا على سهمه وهو ان يقول الامام او الامير من قتل قتيلا فله سلبه او قال للسرية ما اصبتم فهو لكم او ربعه او نصفه ولا يخمس وعلى الامام الوفاء به وعن علي بن عيسى الغنيمة اعم من النفل والفيء اعم من الغنيمة لانه اسم لكل ماصار للمسلمين من اموال اهل الشرك قال ابوبكر الرازي رحمه الله فالغنيمة فيء والجزية فيء ومال

عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاول اولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار

اهل الصلح فيء والخراج فيء لان ذلك كله مما افاء الله على المسلمين من المشركين وعند الفقهاء كل ما يحل اخذه من اموالهم فهو فيء *

قوله عنوة اي قهرا العنوة الذلة والخضوع وقوله قهرا ليس بتفسير لها لان عنى لازم وقهر متعد بل بطريق المجاز لان من الذلة يلزم القهر **قوله** كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر هذا الفعل منه ليس بحتم والا لما خالفه عمر رضي الله عنه **قوله** موافقة من الصحابة وهو ما روي انه لما استولى على العراقيين والسواد شاور الصحابة رضي الله تعالى عنهم في اراضيها فقال بعضهم هي غنيمة فاقسمها بين الغانمين وقال بعضهم بخلاف ذلك فتوقف عمر رضي الله تعالى عنه في ذلك فرجع الى القرآن فلما جاء من الغد قال وجدت في كتاب الله تعالى ما استغنى به عن رأيكم فانه قال والذين جاؤا من بعدهم الآية فلو قسمتها بينكم فما يكون لمن يجيء بعدكم فاتفقوا على ذلك الا عدد يسير منهم بلال رضي الله عنه **قوله** ولم يحمد من خالفه كبلال واصحابه رضي الله عنهم فروي انه قال على المنبر اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال الحول حتى ماتوا فان قيل كيف ينعقد الاجماع مع خلافهم قلنا لا نعتبر خلافهم مع اجماع اهل الفقه لانهم اصحاب الظواهر **قوله** وفي كل من ذلك قدوة اي في كل من فعل رسول الله

اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه و في العقار خلاف الشافعي رحمه الله لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع انه يحظى به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مالا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة *

صلى الله عليه وسلم وفعل عمر رضي الله تعالى عنه *

قوله اما في المنقول المجرد قيد بالمجرد لانه يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية للعقار **قوله** لان في المن ابطال حق الغانمين اي على مذهبنا لانالانقول بثبوت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بل نقول بثبوت الحق للغانمين **قوله** او ملكهم اي على مذهب الشافعي رحمة الله تعالى عليه فانه يقول يثبت الملك لهم بنفس الاصابة **قوله** بخلاف الرقاب فالحق لم يتأكد في رقابهم الاترى ان له ان يقتلهم فكذلك يكون له ان يمن على رقابهم بجزية يأخذها **قوله** والحجة عليه ما رويناه اي من فعل عمر رضي الله تعالى عنه **قوله** ليخرج عن حد الكراهة ذكر الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه فان من عليهم برقابهم و اراضيهم وقسم النساء والذرية سائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به تزجية العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي *

قال [illegible] في الاسارى بالخيار [illegible]
وان شاء استرقهم لان [illegible] وتوفر المنفعة [illegible] وان شاء [illegible]
ذمة للمسلمين [illegible] العرب والمرتد بن [illegible] ان شاء الله تعالى
ولا [illegible] يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم [illegible] المسلمين فان
اسلموا [illegible] لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد [illegible] الملك
[illegible] اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادي بالاسارى عند
ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي
رحمه الله لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه
معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حربه خير من استنقاذ الاسير المسلم
لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم
اليهم مضاف الينا اما المفادات بمال ناخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب

قوله وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا اشارة الى قوله كذلك فعله عمر رضي الله تعالى عنه بسواد العراق فان قيل ينبغي ان لا يثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى واقتلوهم حيث وجدتموهم قلنا خص من هذه الاية اهل الذمة والمستامنون والنساء وغير ذلك فيختص المتنازع عنهما بفعل عمر رضي الله عنه **قوله** ولا يفادي بالاسارى المفادات بين الاثنين فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادي بالاسارى عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه اي لا تؤخذ فدية بمقابلة اطلاق الاسارى التي في ايدي المسلمين فعند الشافعي رحمه الله حكمهم احد الاربعة القتل والاسترقاق والفداء بالمال او بالاسارى والمن وعند هما احد الامور الثلث الاولان والفداء بالاسارى وعند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه احد الامرين الاولين

قتب

لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر
ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد
الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه .

قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى خلافا للشافعي رحمه الله تعالى عليه
فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر
ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق
فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ لما تلونا واذا اراد
الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها
ولا يتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة
الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر
شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان
بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه بخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة
ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطلع عليها الكفار ابطالا للمنفعة عليهم

قوله لما بينا اشارة الى قوله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا **قوله** ولا يجوز المن
عليهم خلافا للشافعي رحمة الله تعالى عليه المن ان يطلقهم مجانا وهو يقول من
رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم وما رواه منسوخ بما تلونا لان سورة براءة من آخر ما نزل وقد تضمنت
وجوب القتل بكل حال فكان ناسخا **قوله** ولا يعقرها خلافا لمالك رحمه الله ولا يتركها
وقال الشافعي رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة
قوله بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه في الحديث لا يعذب بالنار الا ربها

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام [illegible]
رحمة الله تعالى عليه لا بأس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز
بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت وتبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها
في كفاية المنتهي له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود
ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة
في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء
اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا
ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن
اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه
عند محمد رحمه الله تعالى فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى
لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الافضل ان يقسم في دار الاسلام

قوله واصله اي واصل الخلاف **قوله** وتبتني على هذا الاصل عدة من المسائل
منها ان احدا من الغانمين لو وطئ امة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده
وصارت الامة ام ولده وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر وتقسم الامة
والولد والعقر بين الغانمين ومنها جواز البيع ومشاركة المدد والارث اذا مات
احدهم قبل القسمة **قوله** ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب
والخلاف ثابت فيه اي في البيع والقسمة بيع معنى لاشتمالها على الافراز
والمبادلة لا محالة فتدخل تحته اي تدخل القسمة تحت النهي **قوله** ثم قيل موضع
الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد اي ان موضع
الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد بانها هل

ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد
من ايراث الكراهة ٭

يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الاكل والوطئ وسائر
الانتفاع ام لا فعلى قوله يثبت وعندنا لا يثبت ثم علل بقوله لان حكم الملك
لا يثبت بدونه اي بدون الملك فلما ثبتت الاحكام عنده من الاكل والوطئ
وغيرهما بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد علمنا ان الملك كان ثابتا قبل
القسمة كما اذا كانت التركة بين الورثة فانه انما ثبتت احكام الملك من الانتفاعات
اذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل القسمة فكذلك ههنا على قوله وعندنا لا يثبت
بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد من حكم الملك شيء لان الملك لا يثبت قبل هذه
القسمة فلا يثبت حكم الملك من الانتفاع بهذه القسمة ثم انما قيد القسمة بقوله لا عن
اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق وذكر في المبسوط
وان قسمها في دار الحرب جاز لانه امضى فصلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد فيه
نافذ وقيل الكراهة اي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا
الكراهة لا عدم الجواز وذكر في المبسوط وقيل من مذهبنا كراهة القسمة في دار
الحرب لا بطلان القسمة لما في القسمة من قطع شركة المدد فتقل بها رغبتهم في اللحوق
بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امور اعمايتهم به
القسمة فلا يمنع جوازها ٭

قوله ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح بدليل عدم الملك بمجرد الاستيلاء
بالدليل الذي ذكرنا وان دليل البطلان محرم والمحرم راجح على المبيح الا انه تقاعد
عن سلب الجواز لان الاجماع ثابت في الجملة اما عند الشافعي رح يجوز بكل حال واما عندنا

قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي رحمه الله تعالى بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد ٭

قال ولاحق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد وقلنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال

اذا رأى الامام المصلحة فاذا لم يصاحب الجواز لايكون ادنى حالا من ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل اصلا حصل من معارضة الدليلين من الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الهرة فانه لما قام الدليل على الحرمة والحل ولم يعمل دليل الحرمة في سلب الحل لم يتقاعد عن ايراث الكراهة كذا هنا ٭

قوله وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وهو ان السبب هو الاخذ والملك يثبت بنفس الاخذ وعندنا السبب هو القهر وتمام القهر بالاحراز بدار الاسلام فاذا شارك المدد الجيش في الاحراز الذي به يتم السبب يشاركونهم في تأكد الحق به كانوا التحقوا بهم في حالة القتال كذا في المبسوط **قوله** ولاحق لاهل سوق العسكر اي لاسهم لهم ولا رضخ لان قصدهم التجارة لا ارهاب العدو واعزاز الدين **قوله** فانعدم السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب على قصد القتال

وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه اوتأ ويله ان يشهد هامليى قصد القتال وان لم تكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رضي الله عنه كذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة تحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابة في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى وقد بينا الاصل ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رحمه الله تعالى من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه ‌٭

قوله وما رواه موقوف على عمر رضي الله تعالى عنه وذلك ليس بحجة عند بعض مشايخنا خصوصا على اصل الشافعي رحمة الله تعالى عليه فان عنده لا يقلد الصحابي **قوله** لانه ابتداء اجارة اي من كل وجه هذا احتراز عن اجارة مستانفة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استأجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه تنعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضاء المالك كذا في المحيط **قوله** ويجبرهم في رواية السير الكبير ذكر فيه ويستوي في ذلك ان رضي به اصحاب

قال ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الاخرى وجه الاولى انه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به الا لحاجة كما في الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه

الحمولة او ابوا اذا كان بهم غنى عن تلك الحمولة لانهم بهذا الاباء قصدوا التعنت فان في هذا الاستيجار منفعة لهم من حيث انه تحصل لهم الاجرة بمقابلة منفعة لا يبقى لهم بدون هذا الاستيجار وفيه منفعة للغانمين ايضا فكانوا متعنتين في الاباء والقاضي لا يلتفت الى اباء المتعنت ولان الاستيجار وبقاء الاجارة عند تحقق الحاجة صحيح من غير الامير فمن الامير اولى وبيانه في استيجار السفينة على ما ذكرنا وكذلك استيجار الاوعية لحمل المائع فيها مدة معلومة اذا انتهت المدة وهم في المفازة وكذلك اذا استاجر دابة لحمل الامتعة من موضع الى موضع مدة معلومة فانتهت المدة وهم في المفازة او مات صاحب الدابة فانه يبتدئ العقد بعد انتهاء المدة ويبقى بعد الموت في هذه المواضع باجر المثل وبالمسمى في حالة البقاء وكان ذلك لاجل الحاجة فكذلك في الغنائم اذا تحققت الحاجة الى حملها فان قيل جواز البناء لا يدل على جواز الابتداء بلا رضاء لان البناء اسهل من الابتداء قلنا لا فرق بينهما لانه في الحالين يتملك منافع العين باجر المثل صيانة للمال بلا رضاء.

قوله وقد شرطها في رواية ذكر في المحيط فقد قيد محمد رحمه الله في السير الصغير الاباحة بطعام الغنيمة وعلفها بالحاجة وفي السير الكبير اباح الانتفاع عليه بحاجة وبغير حاجة فصار في المسئلة روايتان فما ذكره في السير الصغير جواب القياس وما ذكره في السير الكبير

وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على الاصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فالعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت ٠

جواب الاستحسان حتى ان على رواية السير الكبير يستوي فيه الغني والفقير في حل الانتفاع ثم قال وكما يجوز للغازي ان يأخذ من طعام الغنيمة وعلفها مقدار كفايته يجوز له ان يأخذ منها مقدار ما يكفي عبيده الذين دخلوا معه ويقومون على دوابهم وحفظ رحالهم وكذلك يأخذون لنسائهم وصبيانهم الذين دخلوا معهم ولو كان رجل دخل دار الحرب ليخدم بعض الجندي باجر فلا يباح له ان يتناول شيئا من الغنيمة وكذلك من دخل دار الحرب للتجارة ٠

قوله وعلف ظهره اي دابته ولفظ الظهر مستعار لها ٠ والميرة الطعام **قوله** والدابة مثل السلاح اي تعتبر الحاجة فيها والطعام كالخبز والزيت اي المراد بالطعام ما هو المهيأ للاكل وفي المحيط وان وجد واغنما فلا باس بان يذبحوها ويأكلوها ويردجلودها في الغنيمة وذكر هذا الحكم في السير الكبير في الجزور وفي الايضاح في البقر فعلم بهذا ان المهيأ للاكل وما هو غير مهيء سواء في اباحة التناول للغازي وان اصابوا سمسما او زيتا او دهن سمسم او فاكهة يابسة او رطبة او سكرا او بصلا وغير ذلك من الاشياء التي تؤكل عادة للتعيش لا باس بالتناول منها قبل القسمة ولا يجوز ان يتناول شيئا من الادوية والطيب ودهن البنفسج وذكر في الايضاح انما لا يجوز التناول منها لان هذه الادهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الاصلية بل تستعمل للزينة وكلما لا يؤكل والاشرب لا ينبغي ان ينتفع منه بشيء قل او كثر لقوله عليه السلام ردوا الخيطة والمخيط

قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج *

قوله ويوقحوا به الدابة توقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي اي رق من كثرة المشي والراء خطأ كذا في المغرب قوله وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقال في الايضاح ولا ينبغي ان يستعمل شيئا من الاسلحة والدواب ليبقي بذلك سلاحه ودوابه لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة ولا حاجة مع وجود الملك قوله وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه ستصحبه قوله يباح له الانتفاع في الفصلين اي في فصل الثياب والسلاح قوله وان احتاج الكل

قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز بإسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه الصلوة والسلام من اسلم على مال فهوله ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه *

قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده

يعم في الفصلين اي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب والمتاع *

قوله ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب انما قيد بهذا لانه لو هاجر الى دار الاسلام واسلم لا يصير ماله واولاده في دار الحرب محرزا باسلامه وذكر في الفوائد الظهيرية وهنا مسائل اربع احدها اذا اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهر على الدار فالحكم فيها ما ذكر انه لا يغنم نفسه واولاده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى آخره والمسئلة الثانية الحربي اذا دخل دارنا بامان واسلم ثم ظهر المسلمون على داره فاهله وماله وجميع ماخلفه في دار الحرب من اولاده الصغار في والثالثة اذا اسلم الحربي في دار الحرب ثم دخل دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على داره فجميع ماله هناك في الا اولاده الصغار والرابعة اذا دخل المسلم دار الحرب بامان واشترى منهم اموالا وله اولاد استصحبهم مع نفسه في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فالجواب فيه على نحو ما بينا في حربي اسلم في دار الحرب ثم وقع الظهور على الدار الا في فصلين احدهما ان اولاده الكبار هنا لا يصيرون فيئا لانهم مسلمون والثاني انما كان وديعة له عند حربي لا يصير فيئا على رواية ابي سليمان رحمة الله تعالى عليه وعلى رواية ابي حفص رحمة الله تعالى عليه يصير فيئا **قوله** لانه في يد صحيحة احترازعن يد الغاصب محترمة احترازعن يد الحربي *

وان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء وقال الشافعي رحمه الله تعالى هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى الآخر وفي قول محمد رحمه الله تعالى وهو قول ابي يوسف الاول رحمه الله تعالى هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه الله تعالى هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان اوود يعة لان يده ليست بمحترمة

قوله وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان اوود يعة لان يده ليست بمحترمة لانها لاتدفع استغنام المسلمين عن ماله نكذا عن هذه الوديعة وما كان غصبا في يد مسلم اوذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لايكون فيئا قال رضي الله تعالى عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله قال صاحب النهاية رحمه الله هكذا وقع لفظ الهداية في بعض النسخ وهذا لايصح اصلا لانه لو كان الاختلاف هكذا في ذينك الكتابين لقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير والجامع الصغير ولما احتاج الى ذكر قوله وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله

وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله تعالى لا يكون فيئا قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله تعالى لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام

لانه حينئذ يكون تكرارا محضا مع تطويل بغير فائدة ووقع في بعضها وقال محمد رحمه الله تعالى لا يكون فيئا مكان قوله وقالا ودع ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه مكان قوله مع محمد رحمة الله تعالى عليه ثم قال رحمة الله تعالى عليه ولكني تتبعت بتوفيق الله تعالى الاقوال فوجدتها كما هو حقها في الكتب ثم وضعتها كما يوضع الهناء مواضع النقب قلت والصحيح من النسخ هو ان يقال وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال محمد رحمة الله تعالى عليه لا يكون فيئا لان رواية السير الكبير هكذا وهكذا ايضا في المحيط ولم يذكر فيهما قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه والصحيح ايضا في الثاني هو ان يقال وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى لان الامام فخر الاسلام البزدوي رحمة الله تعالى عليه ذكر في الجامع الصغير ولو كان وديعة عند حربي او غصبا عند مسلم او ذمي او ضائعا فهو فيء وهذا قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يكون فيئا وهكذا ايضا ذكر في الجامع الصغير قاضيخان والتمرتاشي وغيرهما ؛

الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف اوطعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي رحمه الله تعالى مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله الا ترى انها ليست بمتقومة حتى لم يجب القصاص والدية على قاتلها في دار الحرب **قوله** وليست في يده حكما لان يد الغاصب ليست بثابتة عن يد المغصوب منه فلا يكون ما في يد الغاصب في يد المغصوب منه حكما فيجعل كانه ليس في يد احد فكان فيئا **قوله** لتعذر الرد على الغانمين لقلته جدا او لتفرقهم والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول استثنى الخمس ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره

فصل في كيفية القسمة

قوله استثنى الخمس سماه استثناء من حيث ان حكمه يخالف حكم اربعة الاخماس كان حكم المستثنى منه الغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية الكر الصولة والحملة والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لاجل ان يكون الكر اشد كان هو من الجهاد والفرار في موضع الفرار محمود لئلا يرتكب النهي في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة **قوله** واذا تعارضت روايتاه اي روايتا ابن عمر رضي الله عنهما وهي روايتهما منه على وفق مذهبهما ورواية ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ايضا على وفق مذهبه يرجح رواية غيره وهي رواية ابن عباس وهذا لان من تعارضت روايتاه كان احتمال الـ...

ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابويوسف رحمه الله تعالى يسهم لفرسين لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيي فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

بروايته نفسه وبرواية غيره وخبر من لا نعارض في روايته لا يحتمل النسخ الا من رواية غيره فكان احتمال النسخ فيه اقل فكان اولى ٠

قوله ولان الكر والفر من جنس واحد اذ نفس الفرار ليس بمستحسن بل الفرار انما حسن اذا فعل لاجل الكر فحينئذ يكونان من جنس واحد فلا يعتبر نوعا آخر بل يعتبر زيادة غناء والزيادة لا تتعلق بزيادة الغناء اذ بعضهم لا بد ان يكون اغنى من بعض **قوله** لتعذر معرفته اي معرفة مقدار الزيادة لان تلك انما تظهر عند المسابقة والمقابلة عند التقاء الصفين وكل منهم مشغول بشأنه في ذلك الوقت فتعذر الوقوف عليه **قوله** فلا يكون السبب الظاهر وهو المجاوزة مفضيا الى القتال عليهما فسهم لواحد وقال في الاسرار فالمبدء معتبر على مآل الامر من القتال فان الارهاب انما يحصل بخوفهم عاقبة امرهم من القتال معهم على الافراس والقتال لا يتصور الا على فرس واحد فاذا علم ذلك حقيقة لم تقع زيادة ارهاب بزيادة الفرس **قوله** كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين احدهما على سبيل التنفيل لجهده في القتال فانه

والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل في دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمة الله تعالى عليه على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان

قال عليه الصلوة والسلام خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا ابو قتادة رضي الله تعالى عنه ونظيره نفقة الخادمين للمرأة ٭

قوله والبراذين والعتاق سواء انما ذكر هذا لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا البرذون فرس العجم والجمع البراذين وخلافها العراب يقال فرس عتيق اي معجب رائع والجمع العتاق ويقال عتاق الطير والخيل كرائمهما والهجين هو ما يكون ابوه من الكوادن وامه من العربي المقرف ما يكون ابوه عربيا وامه من الكوادن والكوادن البرذون يوكف ويشبه به البليد **قوله** في الفصل الثاني وهو ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان له سهم فارس وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان كذا في المحيط **قوله** وهكذا معطوف على قوله وجواب الشافعي رحمة الله تعالى عليه

والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام

قوله والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا في المغرب والمراد من الدرب ههنا البرزخ الحاجز بين الدارين اي دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوز الدرب دخل دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا في حدود دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب وهو تمام الحرب وهذا رواية عن الشافعي رحمة الله تعالى عليه والظاهر من مذهبه انه يعتبر مجرد شهود الوقعة كذا في النهاية **قوله** وتعليق الاحكام بالقتال الى آخره جواب بطريق المنع عن قولنا ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر ومن الاحكام ما اذا قتل في القتال سقط سهمه وكذا سقط غسله بالشهادة والعبد انما يرضخ له اذا قاتل وكذا الذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق **قوله** ولو تعذر او تعسر يريد به ولو سلم تعسر الوقوف تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال قلنا الوقوف على حقيقة القتال متعذر لتعذر تحقق القتال في المشاجر والغياض والمضايق وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين وما ذكر من تعلق الاحكام قلنا ذلك في حكم الرضخ والرضخ ليس نظير السهم الا ترى انه غير مقدر بشيء ولا يستحق اعتبارا بالسهم بما هو دونه كذا في المبسوط

ولا معتبر بها لان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا كان او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه عم كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عم باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد

قوله ولا معتبر بها بدليل انه لا ان يعتبر صورته واما لا او دار ما بعد المجاوزة عندنا ويعد

والاول ليس من عمله ولا يسوي بينه وبين المسلم في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها خمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه

شهود الوقعة او انقضاء الحرب عند الشافعي رحمة الله تعالى عليه على اختلاف الاصلين وكذا بالاجماع لا معتبر ببقاء الفرس الى حال تمام الاستحقاق حتى لو نفق فرسه بعد القتال قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفرسان فكان المعتبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف موت الفارس لانه لمستحق ولا استحقاق بعد موت المستحق ء

قوله والاول ليس من عمله يعني ان الدلالة ليست من الجهاد فجاز ان يزاد بها على سهم الجهاد ولا يلزم التسوية بينه وبين المسلم والاكذلك القتال وانما لا يجوز الزيادة على السهم لانه حينئذ نلزم المساواة بين المسلم والكافر ولا مساواة [illegible]

قوله علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا عن سعيد بن المسيب عن [illegible] ان رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] يوم خيبر سهم ذوي القربى [illegible]

دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة *

بني هاشم وبني المطلب فكلم عثمان بن عفان وجبير بن مطعم رضي الله تعالى عنهما قالا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله فيهم ولكن نحن وبنو المطلب في القرب اليك على السواء فما بالك اعطيتهم وحرمتنا فقال لم يزالوا معي في الجاهلية والاسلام ومعنى الحديث ان اصل النسب هو عبد مناف كان له اربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله عم كان من اولاد هاشم فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم فكان بنو هاشم اولاد جده وجبير بن مطعم كان من بني نوفل وعثمان بن عفان كان من بني عبد شمس وولد جد الانسان اقرب اليه من ولد اخي جده فاما بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بني المطلب في القرابة اسوة وقيل بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا اقرب اليه من بني المطلب لان نوفلا وعبد شمس كانا اخوي هاشم لاب وام والمطلب كان اخا هاشم لابيه لا لامه ثم اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم لبني المطلب ولم يعط لبني نوفل وبني عبد شمس فاشكل ذلك عليهما *

قوله دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة وانما اراد نصرة الاجتماع والموانسة في حال ما هجره الناس على ما روي ان الله تعالى لما بعث رسوله من بني هاشم ورأى القريش آثار الخير فيهم حسدوهم وتعاهدوا ان لا يجالسوا بني هاشم ولا يتكلموهم حتى يدفعوا اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقتلوه وتعاهد بنو هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم حتى دخل معهم الشعب وكانوا فيه ثلث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا في المبسوط *

قال فاما ماذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه الصلوة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع اوسيف او جارية وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه الصلوة والسلام بالنصرة لما رويناه وبعده بالفقر قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى

قوله فاما ماذكر الله تعالى في الخمس وهو قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه كان ابن عباس رضي الله عنه يقول سهم الله وسهم الرسول واحد فذكر اسم الله للتبرك بمفتاح الكلام وقال ابو العالية يقسم على ستة اسهم سهم الله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت الغنيمة بقربها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة الى الله تعالى وهذا السهم لله فيصرف الى عمارة البقاع المضافة الى الله تعالى **قوله** والحجة عليه ما قدمناه وهو ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة اسهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع وبه تبين ان قسمة النبي عليه السلام ما كان بطريق الحتم واللزوم بل بطريق الجواز اذ لا يظن بهم خلافه عليه السلام يؤيده ما روي عنه عليه السلام سهم ذوي القربى لهم في حال حيوتي وليس لهم بعد مماتي ولان استحقاقهم كان بالنصرة وقد فاتت بوفاته عليه السلام فيفوت الاستحقاق لا للانتساخ بعد موته بل لعدم علته وهي النصرة فان قيل لا يجوز ان يتعلق الحكم بعين النصرة لثبوت الاستحقاق للنساء والذراري وليسوا باهل للنصرة قلنا ما كانت هذه نصرة قتال وانما كانت نصرة اجتماع اليد في الشعب المؤانسة في حال هجرة الناس ومثل هذا يكون النساء والولدان على انهم تبع للرجال

هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما يحرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح لما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلثة

واذا دخل الواحد او الاثنان في دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هي المأخوذة قهرا او غلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم ... وان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم يأذن لهم الامام لانه ... قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا تجب عليه نصرتهم والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله هذا الذي ذكره قول الكرخي رحمة الله تعالى عليه وهو انهم كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة وبعده بالفقر اي يسقط الاغنياء بعد موته ولا يسقط الفقراء وهو الاصح وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا **قوله** كما حرم العمالة اي اذا كان العامل هاشميا **قوله** اما فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلثة اي ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وابن السبيل من ذوي القربى كذلك **قوله** ففيه روايتان وجه الرواية الاخرى ان من لا منعة له لا يقدر على مغالبة الكفار بقهرهم فالمأخوذ لا يكون غنيمة فلا يخمس ولان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار ما كتجار العسكر والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل في التنفيل

قال ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه اويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد مارفع الخمس ولان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لاينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل

فصل في التنفيل

قوله ولا باس بان ينفل الامام ذكر بلفظ لا باس وانه مستحب ذكر في المبسوط ويستحب للامام ان ينفل قبل الاصابة بحسب مايرى الصواب فيه للتحريض على القتال قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل مطلق الامر للوجوب ولم يجب التنفيل قلنا في التنفيل تحريض بعض الغزاة مع توهين البعض وتوهين المسلم حرام خصوصا في مثل هذا الوقت ولان التحريض شيء مبهم قد يكون ذلك بالتنفيل وقد يكون ذلك بذكر ثواب الآخرة فلوكان التحريض نفسه واجبا لا يلزم ان يكون التحريض المعين بالتنفيل واجبا وفي الايضاح ويجوز التنفيل في سائر الاموال من الذهب والفضة وغير ذلك وكذلك يجوز في السلب وغير ذلك نحو ان يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له او قال مااصبتم فلكم منه الربع او النصف الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ وذكر في السير الكبير اذا قال الامام لاهل العسكر جميعا مااصبتم فهو لكم بعد الخمس فهذا لايجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل واما اذا عمهم فلا يحصل به

وان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز ٭

قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء

ماهو المقصود بالتنفيل وانما في هذا ابطال السهمان التي اوجبها رسول الله عليه السلام وابطال تفضيل الفارس على الراجل وذلك لا يجوز وكذا اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس فهذا لا يجوز لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال لحق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز قال عليه السلام وهل تنصرون وترزقون الا بضعفائكم والنفل ما ينفل الامام الغازي اي يعطيه زائدا على سهمه وعن علي بن عيسى رحمهما الله ان الغنيمة اعم من النفل والفيء اعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من اموال اهل الشرك ٭

قوله وان فعله مع السرية جاز وفي المبسوط فالسرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم تجيش بعضهم في بعض قال عليه السلام خير الاصحاب اربعة وخير السرايا اربعمائة وخير الجيوش اربعة آلاف فكان التنفيل للسرية تنفيلا لبعض الجيش ولهذا اذا بعث سرية من دار الاسلام لا ينبغي ان تنفل السرية ما اصابوا قوله ولا ينفل بعد احراز الغنيمة الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس لا يقال فيه ابطال حق الاصناف الثلثة لانه انما جاز هذا باعتبار ان المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلثة فلم يكن فيه حينئذ ابطال حق الاصناف الثلثة اذ يجوز صرف الخمس الى احد الاصناف الثلثة وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في السير الكبير لا باس بان يعطي الامام الرجل المحتاج اذا ابلى

وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام

من الخمس ما يغنيه ويجعله نفلا له بعد الغنيمة لانه مامور بصرف الخمس الى المحتاجين وهذا محتاج واذا جاز صرفه الى محتاج لم يقاتل فلان يجوز صرفه الى محتاج قاتل وابلى بلاء حسنا كان اولى ونظيره من وجد ركازا فرآه الامام محتاجا فصرف الخمس اليه جاز وفي الذخيرة ولا ينبغي للامام ان يضع ذلك في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين ٠

قوله وقال الشافعي رح الى آخره يعني ان القاتل اذا قتل مشركا على وجه المبارزة وهو مقبل استحق سلبه وان لم ينفله الامام وعندنا لا يستحق القاتل السلب بدون التنفيل قوله وقد قتله مقبلا وهو حال من المفعول لان الشرط عنده كون القتل مقبلا حتى لو قتل منهزما [illegible] لم يستحق السلب [illegible] هو قوله عليه السلام من قتل

لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطئها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمة الله تعالى عليه له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف والله تعالى اعلم بالصواب •

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده

قتيلا فله سلبه يحتمل التنفيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع اذا قاله بالمدينة في مسجده ولم ينقل انه قال ذلك الا يوم بدر عند القتال للحاجة الى التحريض وقد كانوا اذلة ويوم حنين حين ولوا منهزمين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر قال ايضا من اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب كذا في المبسوط •

قوله لما مر من قبل وهو ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة **قوله** قد قيل على هذا الاختلاف يعني اذا اتلف النفل في دار الحرب يجب الضمان على المتلف عند محمد رحمة الله تعالى عليه وعندهما لا يجب والله تعالى اعلم بالصواب •

باب استيلاء الكفار

قوله واذا غلب الترك اي كفار الترك على الروم اي نصارى الروم

من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم واذا غلبوا على اموالنا والعياذ بالله واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه

قوله من ذلك اي من مال اهل الروم الذي استولى عليه الترك **قوله** بسائر املاكهم الضمير يرجع الى الترك لانهم لما ملكوه صار كاموالهم الاصلية **قوله** لان الاستيلاء محظور ابتداء اي حين اخذوا وانتهاء اي حين احرزوا بدارهم والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولا يقال الحظر غير ثابت في حقهم لانهم لا يخاطبون بالشرائع لانهم يخاطبون بالحرمات كالربوا والزنا فتثبت حرمة هذا الفعل في حقهم والمراد بالمحظور هنا المحظور من وجه دون وجه اما اذا كان محظورا من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه بان استولى المسلم على مال مسلم فانه غير موجب للملك بالاتفاق ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح اي استيلاء الكفار ورد على مال مباح لان استيلاءهم على اموالنا انما يثبت الملك لهم اذا احرزوها بدارهم والكلام فيه فبعد الاحراز بدارهم تزول عصمة صاحبها ويصير مباح التملك فلا يكون اخذهم ذلك المال عدوانا كذا في الاسرار **قوله** وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل اي قولنا ان استيلاءهم ورد على مال مباح لان العصمة في المال لكل من يثبت من مسلم او كافر انما يثبت على خلاف الدليل فان الدليل يقتضي ان لا يكون المال معصوما لاحد لقوله تعالى خلق لكم ما في

عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً

الارض جميعا الا ان العصمة انما تثبت لمن اختص هو به بسبب من الاسباب من شرى اوارث اوغيرهما ليتمكن من الانتفاع به اذ لو لم يكن مخصوصا هو بالعصمة نازعه آخر في الانتفاع فلما زال تمكنه من الانتفاع بسبب احرازهم بدار الحرب ولم يبق مايوجب عصمته وهو تمكين المالك من الانتفاع عاد المال مباحا كما يقتضيه الدليل فصار بمنزلة الصيد والحشيش ثم لما وقع استيلاؤهم عليه في هذه الحالة كان استيلاؤهم على مال مباح ماوجب الملك لهم ومن هذا وقع الفرق بين اموالنا ورقابنا فان الرقاب كلها لم تخلق محلا للتملك في الاصل وانما تثبت المحلية بعارض الكفر وليس في رقابنا ذلك فلذلك لايملكون احرازنا وان احرزوهم بدارهم *

قوله عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا يعني ان الكفار اذا ستولوا على اموال المسلمين فهم مادامو في دار الاسلام ان اقتدروا عليها حالالم يقتدروا مآلا لان الظاهر ان المسلمين يغلبون عليهم ويا خذون الاموال واما اذا احرزوها بدار الحرب فقد اقتدروا عليها حالا ومآلا لانقطاع ولاية المسلمين فان قيل كيف يملكون اموالنا بالاستيلاء وقد قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والتملك بالقهر من اقوى جهات السبيل قلنا النص تناول المؤمنين وهم لايملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك فالواهب يرجع في هبته ويعيد الى قديم ملكه مع زوال ملكه وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وقوله في الهداية لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان مشكل لانا اذا [illegible] على اموال اهل الحرب واحرزنا [illegible] مع زوال المكنة الا ان [illegible] زوال المكنة بالاحراز بدار الحرب

والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمه فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظراً له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة

ثم اصل الدار واحد وهي بحكم الديانة مختلفة فبقيت العصمة من وجه دون وجه فلم يثبت الملك بالشك بخلاف اهل الحرب لان الدار مختلفه والمنعة متباينة من كل وجه فبطلت العصمة لنا في حقهم ولهم في حقنا من كل وجه.

قوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا الى آخره جواب عن قول الخصم انه محظور قلنا نعم هو محظور لا انه محظور لغيره ومباح في نفسه لكونه سببا لاقامة المصالح والمحظور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء ودل عليه ان المحظور بغيره وهو الصلوة في الارض المغصوبة يصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلان يصلح سببا للملك في الدنيا اولى وفي الكافي وقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل اي اذا صلى في ارض مغصوبة فما ظنك بالعاجل مشكل ايضا لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم او لم تزل فان زالت لا يكون الاخذ محظورا وان لم تزل لا يصير ملكا كما في مسئلة الغصب الا ان يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار

وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه وإن شاء تركه لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذ بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الأخذ بالمثل غير مفيد وكذا إذا كان موهوبا لا يأخذه لما بيناه وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا .

قوله فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء أي وإن أحرزها الغانمون بدار الإسلام ذكر في الإيضاح فأما إذا وجد قبل القسمة فإن ينبغي أن يأخذ بالقسمة أيضا لأن حق الجماعة متعلق به وقد استحكم هذا بالإحراز بدار الإسلام ألا ترى أنه لو أتلف إنسان شيئا من الغنيمة قبل القسمة يضمن إلا أنا تركنا هذا الأصل لحديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما فإنه روي عنه أن المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال إن وجدته قبل القسمة الحديث . قوله ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته فإن قيل هذا الملك يثبت للموهوب له بغير عوض بخلاف ما لو ثبت لأحد الغزاة بالقسمة لأن هذا الحق إنما تعين له بإزاء ما انقطع من حقه عما في أيدي الغانمين قلنا ههنا أيضا يثبت له هذا الملك بعوض معنى لأن المكافأة مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة فيجعل ذلك المعنى معتبرا في إثبات حقه في الغنيمة إلى هذا أشار في المبسوط قوله لما بيناه إشارة إلى قوله لأن الأخذ بالمثل غير مفيد قوله وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا ولو اشتراه المسلم بأقل قدرا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكن أردأ منه وصفا فله أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري وقال في الإيضاح إلا أن يكون اشتراه منهم بخلاف

قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا

جنسه فيكون الاخذ مفيدا وكذلك لو اشتراه بجنسه بأقل منه فله ان يأخذه بمثل ما اشتري ولا يكون هذا ربوا لانه انما فدي ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه * **قوله** اما الاخذ بالثمن فلما قلنا وهو قوله لانه ينضرر بالاخذ مجانا **قوله** لان الملك فيه صحيح بدليل حل الوطئ للمشتري من الكافر واحترز به عن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة **قوله** لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قيل فيه نظر لان الوصف انما لا يقابله شيء من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول الا ترى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول كذا في الفوائد الظهيرية وذكر الخبازي رحمه الله تعالى فان قيل الوصف انما لا يقابله شيء من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالاتلاف الا ترى ان في مسئلة المرابحة لو فقأ عينه انسان او فقأها بنفسه ثم باعه مرابحة فان ... بيان ثم علم المشتري بذلك يحط حصتها من الثمن فكذلك ينبغي ان يحط من ثمن العبد قدر الارش قلنا المالم يكن للمالك القديم حق اخذ الارش لما بينا صار في حقه بمنزلة الفائت لا بمنزلة المتلف بخلاف مسئلة المرابحة لانه متلف حقيقة ولو كان له قسط من الثمن حقيقة بان يكون شيئين حقيقة ليس له ان يرابح على غير العين الذي اخذ ارشها لان الشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة فاما ههنا حق الاخذ في العين بالنص

والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما هنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن

بخلاف القياس فكيف يلحق بها البدل وعن محمد رحمه الله ان المولى يسقط عنه حصة الارش من الفداء كالشفيع فانه يأخذ بالحصة ان استهلك احد (آخذ) شيئا من البناء والفرق على الظاهر ان الصفقة اذا تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري كالمشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد من التمليكين واجب النقض كرها لحق الشرع *

قوله والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اذ الواجب فيه القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع وفي البيع الصحيح الواجب الثمن باعتبار العقد وهو يرد على الذات فان قيل شراء التاجر هنا بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد لحق الملك فيلحق به في مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا اولى من شراء التاجر من الكافر من حيث ان شراء المشتري بدون رضاء الشفيع مكروه بخلاف شراء التاجر بدون رضاء المالك وقوله والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اي في غير الربوي اما في الربوي يجوز ان يغصبه حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فهشم في يده فصاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربوا قوله فللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني ولا يكون ذلك للمالك القديم وانما رجحنا جانب المشتري الاول على المالك القديم في ولاية الاخذ لانه لو نفذ بيرا خذ المشتري لا يبطل حق المالك القديم لولاية الاخذ بعد اخذ المشتري الاول ولو اخذه المالك القديم يبطل حق المشتري الاول لانه لو اثبتناه بعد اخذ المالك القديم له دار الاخذ بينهما ... المشتري الاول ... *

لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالثمين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد مسلم لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه

قوله لان الاسر ما ورد على ملكه كما اذا وهب رجل آخر شيئا فوهبه الموهوب له من آخر فليس للواهب الاول عليه سبيل ما لم يرجع الثاني في هبته **قوله** فيأخذه بهما فان قيل يتضرر المالك بذلك فوجب ان يكون له حق الاخذ من المشتري الثاني كيلا يتضرر قلنا لو اخذ هو من المشتري الثاني يتضرر المشتري الاول ضررا لا عوض في مقابلته ولو اخذ المالك من المشتري الاول يتضرر لكن بعوض وهو العبد فكان اولى **قوله** وكذا من سواه اي من هؤلاء وهو المدبر والمكاتب وام الولد **قوله** بخلاف رقابهم اي رقاب الكفار من احرارهم ومدبريهم وامهات اولادهم **قوله** ولا جناية من هؤلاء اي من مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا واذا ابق عبد لمسلم او لذمي ذكر الامام ابو اليسر رح في عين الفقهاء العبد المسلم لمسلم او لذمي اذا ابق الى دار الحرب فاخذه الكفار لا يملكونه عند ابي حنيفة رح والمرتد يملكه الكفار واما العبد الكافر فهو ذمي تبعا لمولاه وما بطلت الذمة باللحوق بدار الحرب فلا يملكه الكفار كذا في عين الفقهاء وذكر في طريقة عبد الائمة رح الحد اذا كان ذميا

وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رحمه الله يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشترى اومغنوما قبل القسمة وبعدها يؤدى عوضه من بيت المال لانه لايمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لايد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ماذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شيء

ففيه قولان واما اذا كان مرتدا فابق ولحق بدار الحرب يملكه الكفار بالاجماع • **قوله** وله انه ظهرت يده على نفسه فان قيل كيف تظهر يد العبد على نفسه وقد خلف يد المولى يد الكفرة بدون واسطة فورفوت يد المولى لان دار الحرب في ايديهم قلنا ان بين الدارين حدا لا يكون في يد احد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله **قوله** بخلاف المتردد اي الآبق الذي تردد في دار الاسلام لان يد المولى باقية في حقه حكما ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضا له فبقاء المانع حكما يمنع ثبوت البدله في نفسه فيتم احراز المشركين اياه واما الآبق الى دار الحرب فلايكون في يد مولاه حكما حتى لو وهبه لابنه الصغير لا يجوز **قوله** وبعدها اي وبعد القسمة يؤدى عوضه من

والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبار الحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد وان دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا

بيت المال فيما اذا كان مغنوما واما في الصور الثلث وهي ما اذا كان موهوبا او مشترى او مغنوما قبل القسمة فلا يؤدي عوضه وانما يؤدي عوضه من بيت المال لمن وقع في سهمه لان نصيبه قد استحق فلو لم يرجع على احد لكان اححافا ولو لزم العوض على المالك مع استمرار ملكه لكان اضرارا به وبعد رجوعه على شركائه في الغنيمة واعادة القسمة لتفرقهم فيعوضه من بيت المال لانه معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل شيء يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع في بيت المال فاذا لحق غرم يجعل ذلك في بيت المال لان الغرم مقابل بالغنم *

قوله والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه فان قيل على قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان يأخذ المالك المتاع ايضا بغير شيء لانه لما ظهر يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلنا ها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا يجبر على بيعه ولا يمكن من الذهاب به الى دار الحرب كذا في الايضاح فان قيل الذمي ملتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والمستأمن

ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهوتباين الدارين مقام العلة وهوالاعتاق تخليصاله كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دارالحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا اوظهر على الدارفهوحر وكذلك اذا خرج عبيد هم الى عسكرالمسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيدالطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله

غيرملتزم قلنا المستامن ملتزم ترك الاستخفاف بالمسلمين فانا ما اعطينا الامان ليستذل المسلم اذلايجوزاعطاء الامان على هذا فلهذا يجبر على بيعه *

قوله ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب ولكن ذلك الكافرمادام مستأمنا في دارالاسلام يزال بالعوض وهوالازالة بالبيع لان مال المستامن محترم ما دام في دارالاسلام فاذا ادخله دارالحرب انتهت الحرمة بانتهاء الامان فاستحق الازالة بالعتق لانه لما انتهى امانه بالعود الى دارالحرب سقطت عصمة ماله فتعين العتق مخلصا للعبد ولوكان الامام قادرا على ازالة العبد هناك عن استيلائه كان الواجب على الامام ان يجبره على الاعتاق لاعلى البيع لانعدام عصمة ماله فلم يستحق الحربي العوض بمقابلة ازالة ملكه لسقوط حرمة ملكه ثم لما قصرت ولاية القاضي عن ازالة ملكه بالاعتاق وهي العلة في زوال ملكه فقام شرط زوال عصمة مال المستامن الذي هودخول دارالحرب مقام علة الزوال وهي اعتاق الامام عنه لما انه قديقام الشرط مقام العلة عند امكان اضافة الحكم كمافي حفرالبئر على قارعة الطريق فان قيل الاحراز بدارالحرب سبب لاثبات الملك فيمالم يكن مالكاله الاترى انهم اذا اسروا عبدا مسلما في دارنا ملكوه اذا احرزوه

ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى والله تعالى اعلم بالصواب *

بدارهم فيستحيل ان يزول ملكه بالاحراز لان الاحراز لما صار سببا لاثبات الملك ابتداء فاولى ان يبقى الملك الثابت كما كان والا يلزم ان يكون ما هو المثبت للملك مزيلا له وهو مدفوع بمرة قلنا ليس هذا كما اخذوا عبدا في دارنا لانهم لا يملكونه بالاخذ حتى يستحق عليهم الازالة بسبب الاستيلاء وانما يملكونه بالاحراز بخلاف ما نحن فيه فانهم ملكوه بالشراء فاستحق عليهم الازالة بالبيع ماداموا في دارنا ولما ادخلوه في دارهم استحق الازالة ايضا باقامة شرط الزوال مقام الازالة على ماذكرنا من انتهاء عصمة ماله بالاحراز بدار الحرب وفي المبسوط فان قيل بارتفاع الامان زال صفة الحظر لا اصل الملك كمن اباح لغيره شيئا لا يزول به اصل ملكه قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام الا باعتبار صفة الحظر فانه لولم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهرا له فكان حرا فاذا زال الحظر بزوال الامان زال اصل الملك الا ترى انه في دار الحرب لو قتل مولاه واخذ ماله وخرج الينا كان حرا وكان ماخرج به من المال له *

قوله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا يتصل بقوله ثم خرج الينا وقوله او بالالتحاق يتصل بقوله او ظهر على الدار وقيد بقوله بالخروج الينا مراغما لمولاه لانه اذا خرج الينا غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه للمولى لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنا الى دارنا كذا في الايضاح والله تعالى اعلم بالصواب *

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض بشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على مابيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية

باب المستأمن

قوله والغدر حرام قال عليه السلام لكل غادر لواء يركز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرته **قوله** بخلاف الاسير لانه غير مستأمن لانه لم يوجد منه الالتزام بعهد **قوله** وان اطلقوه طوعا كان فيه وهم ان يصير مستأمنا وليس كذلك لانه ليس باستيمان **قوله** ملكه ملكا محظورا حتى لو كانت جارية كره للمشتري وطئها لانه قام مقام البائع وكان يكره للبائع وطئها فكذلك للمشتري وهذا بخلاف المشتراة شراء فاسدا اذا باعها حل للثاني وطئها بعد الاستبراء لان الكراهة في حق الاول لبقاء حق البائع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع الثاني وههنا الكراهة لمعنى الغدر **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله في اوائل باب استيلاء الكفار والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة

ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولاخبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد

تفوق الملك الى آخره الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقولهم ادان بتشديد الدال من باب الافتعال اي قبل الدين والدين غير القرض اذ ذاك اسم لما يقرض فيقبض وهذا اسم لما يصير في الذمة بالعقد كذا في الطلبة وذكر في كتاب الكفالة منها ان اسم الدين شامل لجميع ما يجب في الذمة بالعقد وبالاستهلاك والاستقراض.

قوله ولا ولاية وقت الادانة اصلا اذلا ولاية لنا على اهل الحرب والجواب في مسئلة الادانة قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى واما على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه فالقاضي يقضي على المسلم بالدين وقولهما مشكل لان المسلم التزم احكام الاسلام مطلقا فصار كما لو خرجا مسلمين الينا واجيب بان المديون اذا كان حربيا لم يقض عليه بشيء لانه غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب ان لا يقضى عليه بشيء اصلا لا لعدم الالتزام ولكن لتحقق المساواة بين الخصمين **قوله** لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه اما غصب الكافر فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء بقوله

واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة

ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح الى آخره واما غصب المسلم ففيما اذا دخل الواحد او الاثنان مغيرين بغير اذن الامام واخذوا شيئا يملكونه

قوله ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه وهذا الجواب غير منحصر بخروجهما مسلمين فان الحربي اذا خرج مستأمنا مع المسلم الذي دخل دار الحرب مستأمنا وقد كان غصب المسلم في دار الحرب فالحكم كذلك **قوله** فعلى القاتل الدية من ماله اي في العمد والخطأ ذكر الامام الاجل شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه هذه المسئلة في الجامع الصغير ثم قال وروي عن اصحاب الاملاء عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه قال عليه القصاص في العمد لان بدخول المسلم دار الحرب لا ينتقض احرازه نفسه بدار الاسلام فالمسلم من اهل دار الاسلام حيث ما يكون والقصاص محض حق الولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى ولاية الامام فلا فرق حينئذ بين الدارين وجه ظاهر الرواية ان الاحراز باق ولكن دار الحرب دار اباحة الدم فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة لان مجرد صورة الاباحة يكفي لاسقاط العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمن يقول لغيره اقتلني فقتله

فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لاتبطل بعارض الدخول بالامان وانما لايجب القصاص لانه لايمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة بدون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لاتعقل العمد وفي الخطأ لانه لاقدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه اوقتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لاتبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على مابيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رحمه الله ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لاكفارة في العمد عندنا والله اعلم ✽

قوله فلاطلاق الكتاب وهو قوله تعالى من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اطلق ولم يقيد بدار الحرب او بدار الاسلام [illegible] ينبغي ان تجب الدية عند ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا قتل الاسير المسلم اسيرا مسلما لاطلاق قوله تعالى ومن قتل مؤمنا الآية قلنا خص من هذا النص المسلم الذي [illegible] جر الينا فيخص المتنازع والجامع كون كل واحد منهما مقهورا في ايديهم **قوله** كما لا تبطل بعارض الاستيمان على مابيناه اشارة الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لاتبطل بعارض الدخول بالامان وهذا اولى لان ذلك عن اختيار وهذا عن اضطرار **قوله** كالمسلم الذي اي فليس في قتله الا الكفارة في الخطأ فكذلك هنا بجامع ان كل واحد منهما [illegible] وكونه [illegible] لانه متمكن من الخروج الى دار الاسلام [illegible] اعلم

فصل

قال واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقال الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج

فصل

قوله العين الديدبان والجاسوس ✽ والعون الظهير على الامر ✽ والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار يمير ✽ والجلب المجلوب ومنه نهي رسول الله عليه السلام عن تلقي الجلب **قوله** وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذ نفي الاوقات غير مقدر بل هو موكول الى رأي الامام الا انه لا ينبغي له ان يرهقه على وجه يتضرر به فاذا مكث ما سماه جعله ذميا واستانف عليه الجزية بحول بعده الا ان تكون شرط عليه ان مكث سنة اخذ منه الجزية فيأخذ ها منه حينئذ ثم لا يتركه بعده ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة خلف عن الاسلام فلا يمكن له من نقضها ✽

فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لايصير ذميا لانه قديشتريها للتجارة واذا الزمه خراج الارض فمعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهوذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلاتغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذادخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميالانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولوان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دارالحرب وترك وديعة عند مسلم اوذمي او دينا في ذمتهم فقد صاردمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه ومافي دارالاسلام من ماله على خطر فان اسرا وظهرعلى الدارفقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يدالمودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يدالعامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهرعلى الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذامات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله

قوله فاذا وضع عليه الخراج في الفوائد الظهيرية المراد من وضع الخراج التزام خراج الارض بمباشرة سببه وهو الزراعة وتعطيلها عنها مع التمكن منها وهو الصحيح قوله لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس لان كلامنهما من احكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي بان يكون من اهل دارنا وكذلك لولزمه عشر في قياس قول محمد رحمه الله بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله قوله فيتخرج عليه احكام جمة

وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده ٭

قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية لا خمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس

يعني المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم

و وجوب الضمان في اتلاف خمره و خنزيره وو جوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعدكونه ذ ميا لا قبله ولو وضع الخراج يكون ذ ميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع ٭

قوله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فان قيل ينبغي ان يصير فيئا كما ان اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب تكون فيئا فيكون يد المودع كيد المودع في تلك المسئلة قلنا يد المودع كيد المودع من وجه دون وجه والعصمة ما كانت ثابتة في تلك المسئلة لما ان دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك واما ههنا العصمة كانت ثابتة وقت الايداع ولم نظهر على دار الحرب فكانت العصمة باقية كما كانت اذ دار الاسلام دار عصمة وجف الفرس او البعير ... وجيفا واوجفه صاحبه ايجافا ٭ قوله وما اوجف المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم فخرجوا ... ولا يتعدى **قوله** والجزية بالجر عطفا على الاراضي **قوله** وقال الشافعي رحمه الله ... فيهما اي في الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ... في ... القسم فيها اي في ... وفي الاراضي والجزية و...

ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا اتباعا وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لايتحقق ذلك وكذا امواله لاتصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة

قوله ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين فلما استحق ما اوجف المسلمون عليه بسبب واحد وهو الرعب بقوة المسلمين كانت جهة واحدة ولم يتبعض استحقاقه لذلك كما في مال الزكوة والعشر فلم يصح حينئذ اعتباره بالغنيمة فاستحق الخمس بمعنى وهو الرعب بقوة المسلمين واستحقه الغانمون بمعنى وهو مباشرتهم القتال **قوله** وفي هذا السبب واحد اي في المأخوذ بالايجاف. **قوله** وهو ما ذكرناه وهو قوله ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين **قوله** لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله ... وجنة ... لا ... كافرة حربية لاتبعه في الاسلام وكذا ... لانه جزؤها ... رقه ...

وماكان من مال اودعه مسلما او ذميا نهوله لانه في يد محترمة ويده كيده وماسوى ذلك فيء اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست بد محترمة واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تعالى تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فتكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل

قوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة وانما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا في ايديهما يكون فيئا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجب ان لا يكون فيئا الا ما كان غصبا عند حربي على قياس ما اذا اسلم الحربي في دار الحرب فلم يخرج حتى ظهر على الدار فالجواب فيه ان ماكان وديعة عند حربي اوغصبا عند مسلم او ذمي اوضائعا فهو فيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون فيئا كذا في الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله **قوله** لكونه مستجلبا للكرامة لان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بماله اثر في استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جماد لا اثر لها في استحقاق الكرامة **قوله** لحصول اصل الزجر وبهذا وجب الزاجر الذي هو الكفارة بالعصمة المؤثمة بالاتفاق **قوله** والمقومة كمال فيه اي في اصل العصمة وذلك لانه لما وجب الاثم بالمال كان ذلك اكمل من الذمي وجب فيه الاثم دون المال فيتعلق الكمال بما الاصل به

ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء

المقومة بما علق به الاصل وهو العصمة المؤثمة اي تعلق العصمة المقومة بالاسلام كما تعلق به العصمة المؤثمة فتجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا ٭

قوله ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فالآية سيقت لبيان انواع القتل وموجباته فاوجب اولا في المؤمن المطلق دية وكفارة لقوله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة لقوله فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن اي المقتول اذا كان من الكفار دارا وهو مومن فتحرير رقبة ثم اوجب بقتل الذي هاجر دية وكفارة فدل ايجاب الكفارة وحدها فيمن لم يهاجر على ان لا دية **قوله** جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء لان الفاء تدخل على الجزاء والجزاء اسم للكافي لانه مأخوذ من جزا اي كفا فيمتنع وجوب شيء آخر معه تفاديا عن الزيادة على ما هو كاف فمن اوجب الدية جعل تحرير الرقبة بعض موجب القتل فيكون نسخا فان قيل تحرير الرقبة ان كان كل الواجب بهذا النص ولكنه بعض الواجب بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة قلنا تحرير الرقبة جزاء حقيقة والجزاء الحقيقي لا يجوز ان يكون كلا وبعضا وانما يكون بعضا بقضية نص آخر اذا كان ذلك النص ناسخا لهذا النص ولا يمكن القول بالنسخ لان الآية نزلت بمرة واحدة والناسخ والمنسوخ لا يرد ان معا ارادته ورا ... فقوله عدو لكم متأخر

او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس

فيكون ناسخا للاول على ان هذا المؤمن غير داخل في تحت صدر الآية لانه افرد له حكما آخر لانه جعل كل الجزاء الكفارة وفي صدر الآية جعل الكفارة بعض الجزاء فلم يكن داخلا تحت صدر الآية ه

قوله او الى كونه كل المذكور لان كل المذكور وههنا التحرير لا غير والموضع موضع الحاجة الى البيان لانه شرع في بيان الواجب واقتصر بذكر التحرير فعلم به ان الواجب هو التحرير لا غير اذ السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان بان ماهو المذكور كل الواجب والا يلزم الاخلال في بيان صاحب الشرع وهو لا يجوز **قوله** والقيام بها بحرمة التعرض اي انما يمكنه القيام بتحمل اعباء التكاليف اذا كان محرم التعرض اذ لو لم يكن محرم التعرض لا يتمكن من اقامة التكاليف **قوله** لان التقوم يؤذن بجبر الفائت ومعنى الجبر يتحقق في الاموال لان الفائت من ذوات الامثال يجبر بالصورة والمعنى وفي ذوات القيم يجبر بالمعنى وهو القيمة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان التقويم ينبئ عن خطر المحل والخطر انما يثبت اذا كان ممنوعا عن الاخذ فيما تصل اليه الايدي بلا منازع ومدافع لا يكون خطيرا كالماء والتراب فكذا في النفوس ه

الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتدو المستأمن في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلما خطأ لاولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لاوارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لاولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد وهو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض والله تعالى اعلم بالصواب.

قوله الا ان الشرع هذا جواب من قال المسلم الذي اسلم في دار الحرب له منعة ايضا وهم الكفار فيكون محرزا فقال بلى له منعة ولكن غير معتبرة لانا مأمورون بابطال تلك المنعة **قوله** والمرتدوا المستأمن في دارنا من اهل دارهم حكما هذا جواب شبهة ترد على قوله ثم العصمة المقومة بالاحراز بالدار بان يقال انهما محرزان بدار الاسلام فينبغي ان يجب لهما التقوم ولم يجب حتى ان في قتلهما لا تجب الدية مع انهما في دار الاسلام **قوله** وان شاء اخذ الدية اي بطريق الصلح لان موجب العمد القود عينا **قوله** وهو العامة او السلطان فان قيل ترد من له ولاية القصاص يوجب سقوط القصاص كما في المكاتب اذا قتل عن وفاء وو ارث قلنا الامام هنا نائب عن العامة فصار كان الولي واحد بخلاف مسئلة المكاتب والله تعالى اعلم بالصواب *

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال

باب العشر والخراج

ذكر ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه في الامالي حد ودارض العرب ما وراء حدود الكوفة الى اقصى صخر باليمن وهو مهرة وفي شرح القدوري قال الكرخي رحمة الله تعالى عليه ارض العرب كلها عشرية وهي ارض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية يعني البادية وقد ظهران من روى الى اقصى حجر باليمن بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف لوقوع صخر موقعه والسواد اي اراضي سواد العراق وبه صرح الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه يقال سواد الكوفة والبصرة اي قراهما وسمي سواد العراق به لخضرة اشجاره وزروعه العذيب ماء لتميم وحلوان اسم بلدة والثعلبية من منازل البادية ووضعها موضع العلث في حد السواد خطأ العلث بفتح العين وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقي دجلة عبادان حصن صغير على شط البحر

قوله وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر اليمن بمهرة وهذا طوله وقوله بمهرة تفسير قوله الى اقصى حجر واما عرضه فهو ما بين يبرين والدهناء ورمل عالج الى مشارق الشام ومهرة بفتح الميم وسكون الهاء ابو قبيلة وسمي به ونسبت الابل المهرية الى ذلك الموضع

قوله والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان هذا عرضه

من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم لم يأخذوا الخراج من اراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام ❊

قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل ❊

قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج ❊

قوله ومن العلث الى عبادان هذا طوله كذا في النهاية **قوله** والخراج اليق به لان في الخراج معنى العقوبة ولان فيه تغليظا حتى انه يجب وان لم يزرع والكافر اليق [illegible] وكذا مخصوصة من هذا وكان القياس في ارض مكة [illegible] خراجية لانها فتحت [illegible]

قال ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رح معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده كلها عشرية باجماع الصحابة رض لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان يكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رض وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رحمه الله ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او بماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرناه من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والزرع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها *

رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكالارق على العرب فكذا الخراج على اراضيهم ١٢
قوله نهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم

قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله تعالى عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار اخر وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان *

قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام فالنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدناها لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها

الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى يزيد هو على ذراع العامة بقبضة كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله وفي المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك بقبضة كذا ذكر الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه وكانت ذراعه سبع قبضات وقيل هذا حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الاراضي يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله فالمراد بالقفيز الهاشمي وهو ثمانية ارطال اربعة امناء خلافا لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وهو يكون من الحنطة او الشعير وفي شرح الطحاوي قفيزهما اي من الحنطة او الشعير ... الرطبة ... الا ... الرطب النخيل المتصل الذي اتصل بعضها ببعض على وجه يكون كل الارض مشغولا بها

او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج ٭

قوله او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه مصاب فيستحق المعونة ولو اخذناه بالخراج كان به استيصاله ومما حمد من سير الاكاسرة انهم كانوا اذا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خزائنهم ما انفقوا ويقولون التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح فان لم يرد عليه شيئا فلا اقل من ان لا يأخذ منه الخراج وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الاجر دينا في ذمته واما الخراج فصلة واجبة بقدر ريع الارض فلا يمكن ايجابه بعد ما اصطلم الزرع آفة لانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطلها حيث لا يسقط خراجها لانه هو الذي اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد بذلك اسقاط حق مصارف الخراج فرد عليه قصده وفي الفوائد الظهيرية الفرق بين الاجر والخراج مع ان كل واحد منهما متعلق بالتمكن وهو ان الاجر يجب شيئا فشيئا بمقابلة استيفاء المنفعة ولا كذلك الخراج لانه لا يجب شيئا فشيئا فتعتبر المكنة في المدة التي يحصل فيها الريع ثم قال هذا اذا ذهب كل الخارج اما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي اقل من مقدار الخراج يجب نصفه قال مشائخنا رحمهم الله ما ذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان يزرع الارض فيها اما اذا بقي فلا يسقط الخراج

قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا ومن انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه الخراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فتعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويوخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم

قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها اما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم مؤنته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج وهذا بلا خلاف وان كان هذا نوع حجر وفيه ضرر ولكن هذا الحاق ضرر بواحد للعامة وعن ابي يوسف رحمه الله تدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا وفي جمع الشيهد رحمه الله باع ارضا خراجية فان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله **قوله** قالوا ومن انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى كمن له ارض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران وكذا لو كان له كرم فقلعه وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس

من غير كراهة ولا عشر في الخراج من ارض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين مختلفين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ايمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا

فان قيل كيف يجوز هذا وهم لو اخذوا كان اخذهم في موضعه لكونه واجبا قلنا المعنى من ذلك انا لو افتينا بذلك لا دعى كل ظالم في كل ارض ليس هذا شأنها انها كانت هي قبل هذا تزرع الزعفران او الزراجين فيأخذ منها خراج الزعفران او الزراجين وهذا منهم طمع في غير مطمع فيكون هذا ظلما وعدوانا كذا في الفوائد الظهيرية ٭

قوله من غير كراهة احتراز عما يقوله المتعنتة بانه مكروه ويستدلون بما روي ان النبي عليه السلام رأى من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة وقد روي عن عبد الله بن مسعود والحسين بن علي وشريح رضي الله تعالى عنهم انه كانت لهم ارضون بالسواد يؤدون خراجها **قوله** في محلين مختلفين بسببين مختلفين وكذلك لمصرفين مختلفين اما اختلاف المحل فان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا واما اختلاف المصرف فان الخراج مصروف الى المقاتلة والعشر مصروف الى الفقراء ٭

والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا ايضا فان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله تعالى عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق

قوله والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة لان بينهما تنافيا لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر ولما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان **قوله** وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما حتى لو اشترى ارض عشر او خراج للتجارة ففيها العشر او الخراج دون زكوة التجارة عندنا لان الواجب حق الله تعالى متعلق بالارض كالزكوة فلا يجتمعان كما لا تجب زكوة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد ثم العشر والخراج صار وظيفة لهذه الارض فلا يسقط مع انه اسبق ثبوتا من زكوة التجارة ولانه آكد على معنى انه لا يسقط بعذر ما والزكوة تسقط بعذر الصبا والجنون واذا كان آكد كان اولى بالايجاب كذا في الايضاح والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الجزية

الجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزى عن الذمي اي تقضى وتكفى عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل هي ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون

كما صالح رسول الله عليه السلام اهل بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع على كل حالم دينارا اوما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا

والسنة وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام اخذ الجزية عن مجوس هجر وقد طعن بعض الملحدين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفار على الشرك بمال ولو جاز اذا لجاز تقرير الزاني على الزنا بمال يؤخذ منه والجواب عنه انه ليس المقصود هو المال بل الدعاء الى الدين باحسن الوجوه لانه بعقد الذمة يسكن بين المسلمين ويرى محاسن الدين فربما يسلم مع ان فيه دفع شرقتاله *

قوله كما صالح رسول الله عليه الصلوة والسلام بني نجران على الف ومائتي حلة نجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هذا هو المختار ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الحلول من حل الدار او الحل من حل العقدة لما بينهما من الفرجة

قوله على الغني الظاهر الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل والمتوسط الذي له مال لا يستغني بما له عن العمل والمعتمل الذي يكسب اكثر من حاجته ولا مال له وقيل الفائق الذي يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا ومتوسط الحال الذي يملك مائتي درهم فصاعدا والمعتمل الذي يملك ما دون المائتين ولا يملك شيئا كذا في شرح القدوري *

او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم اجمعين ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانها وجبت نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال

قوله او عدله معافرا اي خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة كذا في المغرب وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه **قوله** ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم التمسك به من وجهين احدهما ان نصب المقادير بالرأي لا يكون فدل انه اعتمد السماع من النبي عليه السلام والثاني انه فعل ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ومشورة منهم ولم يرده عليه احد فصار اجماعا **قوله** وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال ولهذا ضربت الجزية على الصالحين للقتال الذي يلزمهم القتال في سبيل الله لو كانوا مسلمين فان قيل هذا لا يجوز لان القتال فرض كفاية والجزية فرض عين قلنا ان القتال في الاصل واجب على كل انسان منا لكنه وجب للذب عن الدار وكسر شوكة المشركين فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الآخرين وهذا كالسعي واجب على كل مسلم فان حمله انسان كرها الى الجمعة سقط عنه ذلك لانه وجب لامكان الجمعة وقد حصل بدون فعله فكذلك الجهاد حتى اذا لم يحصل ذلك لزم على كل انسان ذلك فان قيل النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف يكون العقوبة خلفا عن طاعة قلنا ان الخليفة عن النصرة في حق المسلمين لما به من زيادة قوة المسلمين كذا في الاسرار

وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امر بالاخذ من الحالمة وان كانت لا تؤخذ منها الجزية ٭

قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس ٭

قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا ان عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيئ لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا

قوله وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فالفقير لو كان مسلما ينصرا لدار راجلا ووسط الحال بنصرها راكبا والفائق في الغنى يركب ويركب غلامه **قوله** وتوضع الجزية على اهل الكتاب اي من العرب والعجم **قوله** فالمعجزة في حقهم اظهر لانه نشأ بين اظهرهم وكانوا اعرف بحاله قبل بعثه حتى كانوا يسمونه امينا وكانوا يعرفونه محترزا عن الكذب غاية الاحتراز فمن كان محترزا عن الكذب على العباد لا يكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم

واذا ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر الصديق رضي الله تعالى عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولاجزية على امرأة ولاصبي لانها وجبت بدلا عن القتل اوعن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية

قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رحمه الله انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي ٠

وكانوا اعرف بفهم معانيه واعلم ببلاغته واعجازه فكانت الحجة اياهم الزم فان قيل على هذا وجب ان لايقبل الجزية من العرب وان كانوا من اهل الكتاب قلنا المراد بالعرب عربي الاصل واهل الكتاب وان كانوا سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعربي الاصل فالنبي عليه السلام صالح بني نجران على الف ومائتي حلة كل سنة وكذا عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من نصارى بني تغلب وهم عرب لكن باعتبار سكناهم في ارض العرب لاباعتبار الاصل وانما العرب في الاصل هم عبدة الاوثان وانهم آمنون كما وصفهم الله تعالى في كتابه ولان الابقاء على ما اعتقده ليكون نوع تخفيف في حقه واهل الكتاب جنايتهم في الكفر اخف من جناية عبدة الاوثان لاقرارهم ببعض الرسل والكتاب الا ترى انه تحل مناكحتهم وذبيحتهم بهذا القدر فلذلك ثبت هذا النوع من التخفيف ٭ قوله بدلا عن القتل اوعن القتال فان قيل تلزمها النصرة بالمال لو كانت مسلمة فكذا اذا كانت ذمية قلنا الجزية ما شرعت خلفا عن النصرة في حقنا لاغير بل خلفا عن النصرة في حقنا وعن القتال اوعن القتل في حق المأخوذ منه ولهذا يصرف المأخوذ الى المقاتلة لتحصيل النصرة بما له كما تحصل ببدنه لوكان مسلما فاذا لم يكن من اهل القتال والقتل والجزية بدل عن الامرين فلا تجب باحدهما ٠

قال ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي رحمه الله له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لاطاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانها بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم

قوله وعن النصرة في حقنا لان اهل الذمة يصيرون منا دارا والقيام بنصرة الدار واجب على اهلها ولا يصلح ابدانهم لهذه النصرة لميلهم الى اهل الدار المعادية اعتقادا فاوجب الشرع عليهم في اموالهم جزية عقوبة لهم على كفرهم بدلا عن القتل وخلفا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر في حقنا **قوله** وجوابه ماقلنا من تغلظ كفرهم واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لانه عليه السلام سبا ذرية اوطاس وهوازن واسترق ابوبكر رضي الله عنه نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسم بين الغانمين حتى وقع في سهم علي رضي الله عنه الحنفية فولد منها محمد بن الحنيفة واذا ظهر عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين الا ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام وذراري عبدة الاوثان من العرب ونساؤهم لا يجبرون على الاسلام وحنيفة ابو حي من العرب **قوله** وعلى اعتبار الثاني لا تجب اي على اعتبار النصرة لانه لا يجب عليهم النصرة والجزية بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا **قوله** ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي تحملوا زيادة الجزية والغني بسبب هؤلاء وتؤخذ الجزية من كل كافر سوى مشركي العرب والمرتدين واما الصابئون فقد قال ابوحنيفة رحمه الله توضع عليهم الجزية وقال صاحباه لا تؤخذ

ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكرههنا وذكر محمد رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رحمه الله وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لاقتل عليهم اذا كانوا لايخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رحمهما الله له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية

قالوا وانما قال ذلك ابوحنيفة رحمه الله لانه وقع في رأيه انهم من اهل الكتاب واما الزنادقة فاخذ الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا لو جاء الزنديق قبل ان يؤخذ فاقر انه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته وان اخذ ثم تاب لا تقبل توبته لانهم باطنية يظهرون شيئا ويعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولاتقبل توبتهم كذا في سير فتاوى قاضيخان رحمه الله

قوله وكذلك اذا مات كافرا وكذلك اذا عمي او صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لايستطيع ان يعمل او صار فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه من جزية رأسه شيء سقط ذلك الباقي كذا في فتاوى قاضي خان رح **قوله** له انها وجبت بدلا عن العصمة اذا صلى العصمة بالاسلام كما ورد به الحديث والذمي عصم دمه بغير الاسلام بما التزم من المال لا بدلا عن السكنى فانه لما اراد سكنى دارنا ابدا لا يمكن الا بمال وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بعارض الاسلام الدوام قال كما في الاجرة والصلح عن دم العمد

وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لايكون الالدفع الشر وقداندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت الجزيتان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم تؤخذ وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله تؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله وان مات عند تمام السنة لم تؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنتين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على مابيناه

يعني لوكانت الجزية بدلا عن السكنى تكون في معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كما في الاجرة ولوكانت بدلا عن العصمة يكون في معنى بدل الصلح عن دم العمد وذلك لا يسقط بالموت والاسلام فكذا ما هو في معناه *

قوله وهي والجزاء واحد هو يطلق على المثوبة والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية وهذه ليست بمثوبة فتعين عقوبة ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار وفي النص اشارة اليه حيث جعل حالالهم عند الاعطاء فيكون اضمارا واظهارا وهي المعنى بالعقوبة

قوله والعصمة تثبت بكونه آدميا جواب عن قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى *

ولهذا لاتقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعطي الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رح في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ رح على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلابد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رح في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناها في اوله ○

قوله ولنا ان ما وجب بدلا عنه فالذي وجبت الجزية بدلا عنه القتل في حقهم والنصرة في حقنا والقتل انما يستوفى لحراب قائم لا لحراب ماض فكذا النصرة انما يتحقق في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية منه فلو قلنا بان الوجوب في آخر السنة يلزم ان لا يجب شيء لان في الماضي من السنة لم يبق الحراب قائما ووقعت الغنية عن النصرة فلا يجب واما الجواب عن اعتباره بالزكوة فقلنا انما وجبت الزكوة في آخر الحول لان الزكوة انما تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلابد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء **قوله** على ما قررنا اشارة الى قوله لان الماضي وقعت الغنية عنه **قوله** فاوجبناها في اوله بخلاف الزكوة لان ... المال النامي والنماء لا يتحقق الا بمدة وقدرت مدة النمو بالحول ... حولان الحول لا بتد...

فصل

ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع السكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ٭

فصل

قوله لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة الخصاء بالكسر والمد على فعال مصدر خصاه بخصيه اي نزع خصيته والاخصاء في معناه خطأ ذكره في المغرب وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء كما يفعله اهل الكتاب حتى يصير في حكم الخصي يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة مطلقا في الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى **قوله** والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة اي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا **قوله** والمروي عن صاحب المذهب اي عن ابي حنيفة رحمه الله والمراد من المروي قوله وهذا في الامصار دون القرى جزر الماء اذا انفرج عن الارض حين غار ونقص منه ومنه الجزيرة ويقال جزيرة العرب

قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يحملون السلاح ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهار الصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا

لارضها ومحلتها لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة وفرات قد احاطت بها الكستيج عن ابي يوسف رحمه الله خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنار المتخذة من الابريسم ومنه امر عمر رضي الله عنه اهل الذمة باظهار الكستيجات. **قوله** وصيانة لضعفة المسلمين المراد من الضعفة هم الضعفة في الدين لا الضعفة في البدن اي انما يؤخذ اهل الذمة بما يورث عليهم الصغار والذلة لكي يروا في اعين الدين لم يتصلبوا في دين الاسلام على وجه الصغار والذلة حتى لا يقولوا ان الكفار يتقلبون في النعمة والدعة والمؤمنين في المحنة والضعة وان لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم ورواج حالهم واليه اشار الله تعالى الى قوله ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة الاية **قوله** فلولم تكن علامة مميزة فلعل الذمي يعامل معاملة المسلمين وربما يموت منهم احد فجأة في الطريق فاذا لم تكن معه علامة يظنونه مسلما فيصنعون به ما يصنعون بموتى المسلمين والتحرز عن ذلك واجب في حق الكفار فان قيل اليس ان النبي عم لم يأخذ بذلك يهود المدينة لا نصارى نجران

ليركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين فان لزمته ضرورة اتخذوا سرجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي ع م او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رح سب النبي ع م يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه *

قال ولا ينتقض العهد الا وان يلتحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا علينا فيعري عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا انقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد والله تعالى اعلم بالصواب *

ولا مجوس هجر قلنا انهم في زمن رسول الله ع م كانوا معروفين بالمدينة لا يشتبه حالهم فكان لا تقع الحاجة الى ذلك ثم في زمن عمر رض لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك وكان ذلك صوابا قال رسول الله ع م اينما دار عمر فالحق معه وذكر التمرتاشي رح فيكتفي في كل بلد من العلامة بما تعارفه اهله لان المقصود يحصل بهذا الجفاء هو الغلظ في العشرة والخرق في المعاملة وترك الرفق ومنه قوله فانه جفاء في حق اهل الاسلام اي ترك حسن العشرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بتميزهم عما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنار وعن الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو صديقه فقد اهان صديقه *

قوله ليركبوا الا للضرورة كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه **قوله** وكذا في حكم ما حمله من ماله يعني ان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون ذلك المال فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار فماله فيء والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل

ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رحمه الله لا تؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية

فصل

بنو تغلب قوم من نصارى العرب وكان لهم شوكة وقوة فطالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية فابوا وخاف عمر رضي الله تعالى عنه ان يلحقوا بالروم فيصيروا عونا لهم وطلبوا ان يؤخذ منهم ما يؤخذ من المسلمين فابى ذلك عمر رضي الله عنه ثم وقع الصلح على ان يضاعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم اختلفوا في هذا الواجب فقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى هو جزية حتى لا يؤخذ من نسائهم وصبيانهم وقال اصحابنا رحمهم الله هو واجب بشرائط الزكوة في حق المأخوذ منهم وخراج الارض في حق الآخذين لان الصلح وقع على تضعيف الزكوة ومن قضية التضعيف ان يعم مواضع وجوب الصدقة ولا تتبدل الشروط والاسباب فحصل ان الواجب في حقهم بشرائط الزكوة واسبابها **قوله** والمرأة من اهل وجوب مثله اي مثل مال وجب بالصلح

الاترى انه لا يراعى فيه شرائطها و بوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رحمة الله تعالى عليه يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة

قوله ولا يراعى فيها شرائطها اى لا يراعى فى المضاعفة من الزكوة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب و الاعطاء قائما و القابض قاعدا واخذ التلبيب والهز **قوله** بمنزلة مولى القرشي اى لا تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشي و تؤخذ من معتقه فكذلك ههنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم تؤخذ من التغلبي ولنا ان هذا تخفيف اي اخذ ضعف ما يؤخذ من المسلم تخفيف لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فى التخفيف واما قوله عليه السلام مولى القوم منهم فقلنا قد تعذر اجراء هذا الحديث على عمومه لانعقاد الاجماع على ان مولى الهاشمي لا ينزل منزلة الهاشمي فى الكفاءة وكذلك مولى القرشي على ما ذكرناه واذا تعذر اجراؤه على العموم يجب تأويله على معنى التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل متى كان من القوم يقوم بنصرتهم واما حرمان مولى الهاشمي عن الصدقات باعتبار الاحترام والاستعظام وقد ذكرنا ان الحديث مأول بمعنى التناصر وفي التنصر استعظام فلذلك الحق مولى الهاشمي به في ذلك المعنى كذا فى الفوائد الظهيرية

لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلاً لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه •

قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلمائهم منه مايكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلولم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة فلاشيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله لان الغني من اهلها اي في الجملة بان كان عاملا القنطرة مالا يرفع والجسر ما يرفع

قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء والعطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مؤنة في الاسلام كازواج النبي عليه السلام واولاد المهاجرين والانصار رضي الله تعالى عنهم وكذا لومات في آخر السنة لايورث العطاء لماقلنا انه صلة فلا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج تسقط كذا هنا وانما وضع المسئلة في نصف السنة لانه لومات في آخر السنة يستحب صرف ذلك العطاء الى قريبه لانه قداوفى عناءه فيستحب الصرف الى ورثته ليكون اقرب الى الوفاء والله تعالى اعلم بالصواب •

باب احكام المرتدين

قال واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته ٭

قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والاقتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرا كان او عبدا فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك اولم يطلب وعن الشافعي رحمة الله تعالى عليه ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل

باب احكام المرتدين

قوله باحسن الامرين الاسلام والقتل والاسلام احسنهما قال عليه السلام لعلي رضي الله عنه لان يهدي الله بك واحدا خير من ان يقتل ما بين المشرق والمغرب **قوله** وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل اي قوله ويحبس ثلثة ايام اذا استمهل فيمهل ثلثة ايام اما اذا لم يستمهل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يستحب للامام ان يمهل وان لم يطلب وقال الشافعي رحمه الله يجب الامهال ولا يحل له القتل قبل ذلك **قوله** لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار فان قيل هذا

كيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لادين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود *

قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رحمه الله تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة فتناطبها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل معنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية

قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار

نصب الحكم بالرأي في الموضع الذي لا مدخل فيه للرأي لانه من المقادير وفيها لايجرى الرأي قلنا هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلثة ايام وروده فيه للمعنى الجامع بينهما بعينه لان التقدير هنا كـ بثلثة ايام للتأمل والتقدير بها هنا ايضا للتامل *

قوله وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام اي بعد الاتيان بكلمتي الشهادتين **قوله** لان الكفر مبيح اي كفر المحارب **قوله** وقال الشافعي رحمه الله يقتل لما روينا وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه كلمة من يعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولانه تبين ان الموجب للقتل تبديل الدين لان مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقق تبديل الدين منها والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم ولان ردة الرجل تبيح القتل

فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام ه

قال ويزول ملك المرتد من امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل بقي ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه ه

لتغلظ الجناية اذ الانكار بعد الاقرار اغلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار ورد تها تشارك بها فتشاركها في موجبها كالزنا مع الاحصان ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبديل الدين جناية عظيمة ولكنها بين العبد وربه فالجزاء عليها مؤخر الى دار الاخرة لان الاصل في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء اذ تعجيله يخل بمعنى الابتلاء وما عجل في الدنيا صيانة شرعت لمصالح يعود الينا كالقصاص وحد القذف والزنا والسرقة والشرب لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول وانما عدل عنه في الرجل لدفع شر ناجز وهو الحراب وهو معدوم في المرأة اذ بنيتها لا تصلح للحراب فلا تقتل في الكفر الاصلي والطارئ ه

قوله فتجبر على ايفائه بالحبس لانه شرع على منع الحقوق مع القدرة على الاداء كما في حقوق العباد

قوله فلما ذكرنا اي لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار **قوله** ويزول

قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كلاهما لورثته وقال الشافعي رحمه الله كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق

ملك المرتد من امواله بردته زوالا مراعى اي محفوظا وموقوفا زواله الى ان تبين حاله لان ردته توجب زوال ملكه على قول ابي حنيفة رحمه الله ثم لو اسلم فالمال ماله على ما كان وان مات او قتل يكمل السبب المزيل لملكه وقت الموت مستندا الى اول السبب وهو الردة كما في البيع بشرط الخيار فانه اذا اجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعا فعلى هذا الطريق التوريث فيه توريث المسلم من المسلم فان قيل زوال ملكه اما ان يكون قبل الردة او معها او بعدها والحكم لا يسبق السبب ولا يقترن به بل يعقبه وبعد الردة هو كافر قلنا نعم المزيل للملك ردته كما ان المزيل للملك موت المسلم ثم الموت يزيل الملك عن الحي لا عن الميت فكذلك الردة تزيل الملك عن المسلم وكان الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل عصمة نفسه وانما تزيل العصمة عن معصوم لا عن غير معصوم فيتحقق بهذا الطريق توريث المسلم من المسلم

قوله ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا فيوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضائع قلنا المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام وورثته شاركوا المسلمين في الاسلام ويرجحوا عليهم بالقرابة لان ذا السببين مقدم على ذي سبب واحد فكان الصرف اليهم اولى

على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثاله عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بما لها بالردة بخلاف المرتد ه

قوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج من كونه مخلصا يشعر بكمال الاهلية وكمال الاهلية لا يقتضي زوال الملك بل يقتضي تقرره نصا وهذا الملك كالمحكوم برجمه حيث لا يزول ملكه هناك **قوله** وبقي وارثا الى وقت موته حتى لو اسلم بعض قرابة بعد ردته او ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية **قوله** لانه يصير فارا فان قيل بمجرد الردة تقع الفرقة فكيف يصير فارا وهو صحيح البدن قلنا لان الردة سبب الموت وحق الوارث يتعلق بمال المورث باول سبب الموت كما في المرض

قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رحمه الله تعالى يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لايستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ماذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رحمه الله تعالى لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رحمه الله وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتد اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته في حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه في حال ردته قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى هذه رواية عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك تقضى من كسب الردة وعنه على عكسه

فيثبت التعلق باول اجزاء الردة ثم البينونة بعد تمامها وهو في اتمام الردة مختار فيتحقق منه الابانة في حال ماتعلق حقها بماله فيصير فارا وهذا بخلاف ارتداد المرأة في صحتها لان ارتدادها لم يكن سببا للموت اذ هي لا تقتل بالردة والمرتدة كما بها لورثتها المسلمين لانه لاحراب منها فلم يصر مالها فيئا بل بقي على ملكها واحق الناس بملكها ورثتها ـ

وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضي كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضي منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضي منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضي من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما والله تعالى اعلم *

قال وما باعه اواشتراه اواعتقه اووهبه اورهنه اوتصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات اوقتل اولحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

قوله وكسب الردة خالص حقه فان قيل هذا ينا قض قوله قبل هذا اما كسب الردة فليس بمملوك له قلنا لايلزم من كونه خالص حقه ان يكون ملكا له كاكساب المكاتب تكون خالصة له وهي ملك المولى فيكون معنى قوله خالص حقه اي لايتعلق به حق الورثة واقصى مافي الباب ان يكون ذلك فيئا على تقدير موته على الردة وكونه فيئا لايخرجه من ان يكون حقه باقيا فيه حتى تقضى ديونه منه كالذمي اذامات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين وتقضى ديونه منه

وقالا يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية

قوله وقالا يجوز ما صنع في الوجهين احدهما الاسلام والثاني احد الاوجه الثلثة من الموت والقتل واللحوق **قوله** نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى اذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه يثبت نسبه منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الامة ام ولده لان حقه في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده وذا يكفي لصحة الاستيلاد فهذا احق والطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية فقد صح طلاق العبد مع قصور ولايته وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وصورته اذا ارتدا معا واشار في الاسرار الى ان ردة احد الزوجين سبب موجب للفرقة على سبيل المنافاة حكما لا وضعا بدليل ان الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعا ووضعا وكذلك يصح في غير النكاح ولان الفرقة عقيب الردة بلا فصل واقعة بالاجماع في غير المدخول بها فثبت انها واقعة لمنافاة بينهما حكما اذ لا ثالث ههنا واذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لانعدام تابيد الحرمة فكانت المرتدة في العدة محلا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم فجعلناه محلا بالشبهين بخلاف الحرمة الثابتة بالمحرمية لانها موبدة فكانت منافية للنكاح من كل وجه فلم يبق محلا للطلاق لانعدام فائدة اثر الطلاق وذكر في المحيط وكل فرقة توجب التحريم موبدا فان الطلاق لا يلحق المرأة لانه لا يظهر له اثر واذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة قائمة فيقع الطلاق ومن هذا القسم قبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون

وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولاملة له

قوله وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وذكر في النهاية فان قيل ايش تعني بالملة ان عنيت بها ملة الاسلام ينقض بصحة نكاح اهل الكتاب وان عنيت بها الملة السماوية ينقض بصحة نكاح المجوس واهل الشرك فيما بينهم اذ ليست لهم ملة سماوية اصلا لامقررة ولا محرفة ومع ذلك نكاحهم محكوم بالصحة والدليل على صحة نكاحهم وجوب الحكم على قاضي اهل الاسلام بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين ولانهم لواسلموا على نكاحهم ذلك يقرون عليه اذا لم يكن النكاح في ذات رحم محرم منهم وقال عليه السلام ولدت من نكاح لامن سفاح قلنا قال الامام ظهيرالدين رحمه الله في الفوائد وقد راجعت الفحول في هذا فلم اجد لديهم ما يجدي نفعا وكنت في ذلك متململا حتى هجس في فوادي والتاط بصفري ان المعنى من تلك الملة هي الملة التي يتدينون بذلك النكاح ويقرون على ذلك لان عند ذلك يحصل ما هو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل وتنتظم مصالح النكاح واذا كان كذلك فالمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما وذلك لان المرتد يستتاب بالسيف والمرتدة تستتاب بالحبس فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح فلما لم يحصل بهما هذا الغرض لا تكون لهما ملة يتدينون بها التوارث فلا يصح نكاحهما فالحاصل ان حل الذبيحة يقتضي ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضي ملة لو مات عليها يرثه من كان عليها بذلك النكاح فاذ جاز نكاح المجوسي ونكاح سائر المشركين لانهم دانوا دينا لو مات من عليه يرثه من كان عليه ويقرون على ذلك الدين فحينئذ تنتظم مصالح النكاح فيصح نكاحهم [illegible] المرتد والمرتدة على ما قلنا فلا يصح نكاحهما

وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابي يوسف رحمه الله تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد رحمه الله تعالى عليه تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه فلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه

قوله وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات اوقتل اوقضي بلحاقه بطلت المفاوضة اتفاقا ولكن يظهر انها كانت عنانا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله يبطل اصلا لان في العنان وكالة وهي موقوفة **قوله** على ما قررناه من قبل وهو قوله لانه مكلف محتاج آه **قوله** ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه وهذا لايضاح ان الملك للمرتد باق وانما قيد بقوله من امرأة مسلمة لان الام اذا كانت نصرانية كان الولد مرتدا تبعا لابيه لانه اقرب الى الاسلام من النصرانية لانه يجبر على الاسلام بخلاف النصرانية والمرتد لا يرث احدا لانه لا ملة له ولا ولاية لانها كرامة وهو مهان والارث من باب الولاية وان كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها والمسلم يرث من المرتد ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه هذا ايضا لايضاح ان الردة ليست كالموت من كل وجه واهلية المرتد للملك باقية

وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه

قوله وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان الى قوله وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله لان هناك يتوقف حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وههنا بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل فان ترك نفذ فكذلك هنا توضيحه ان المرتد هالك حكما والهلاك الحقيقي ينافي مالكية المال ولا ينافي توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذلك الهلاك الحكمي واذا توقف الملك توقف ما يبتني عليه من التصرفات كما في الحربي الذي ذكرنا بخلاف المقضي عليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزل ما به عصمة المال والنفس وهو الاسلام وانما استحق نفسه بما هو من حقوق تلك العصمة في حق ولي القصاص حتى لو قتله غير ولي القصاص بغير اذنه يقتل القاتل فيبقى مالكا حقيقة لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا ما به كانت العصمة في حق النفس في حق الكل فكذلك في حق المال لانه تابعة النفس في العصمة ولان تاثير الردة في نفي المالكية فوق تاثير الرق فان الرق ينافي مالكية المال ولا ينافي مالكية النكاح والردة ينافيهما فلما لم يعتبر تصرف الرقيق باعتبار مالكية المال فههنا اولى **قوله** في الفصلين اي في فصل الحربي والمرتد

لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطي المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولده والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم تجر فيه الارث

قوله لان القضاء قد صح لان القاضي قضى بعتقهن عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له ان يميته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له ان يميته حكما فاذا قضى عن ولاية ينفذ قضاؤه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض **قوله** بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي **قوله** فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر وكذا الحكم في ستة اشهر وفائدة التقييد به انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فالولد يرث من ابيه المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب واما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت الردة لا يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله **قوله** فلما قلنا اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك **قوله** فالولد تبع له لقربه الى الاسلام فان قيل لم لا يجعل مسلما باعتبار دار الاسلام كاللقيط قلنا لان تبعية الدار عند عدم الابوين فاما

والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضي باللحاق فكان الوارث مالكا قديما
واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما
فالمكاتبة جائزة والكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة

عند وجودهما فلا يثبت ابتداء الاسلام للولد باعتبار الدار كالصغير اذا سبي ومعه احد ابويه
فان قيل يشكل على هذا الولد المولود بين المسلمين اذا ارتد ابواه فانه يبقى الولد مسلما
مادام في دار الاسلام باعتبار الدار فعلم بهذا ان تبعية الدار معتبرة عند وجود الابوين ايضا
قلنا انما كان كذلك لان هناك قد ثبت للولد حكم الاسلام قبل ارتداد ابويه
باعتبار تبعيتهما فيبقى على ما كان باعتبار بقائه في دار الاسلام بخلاف ما نحن فيه
فانه لم يكن لهذا الولد حكم الاسلام فلا يثبت ابتداء الاسلام باعتبار الدار اذا كان في يد
ابوين كافرين وفي الفوائد الظهيرية بعد ذكر وراثة الولد فيما اذا كانت امه مسلمة
وما قال في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام ليكون فيه توريث المسلم من المسلم فيما
اكتسبه في حال الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد هنا لم يكن موجودا حال الاسلام ومع
هذا يرث فعلم بهذا ان الصحيح هو ما رواه محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يرثه
من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعد ذلك*
قوله والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي هذا اذا رجع بعد قضاء القاضي بماله لورثته
فاما قبل القضاء فكذلك في رواية وفي رواية يكون فيئا لان بمجرد اللحوق لا يصير
المال ملكا للورثة وجه الاول ان القضاء شرط لترجح جانب عدم الرجوع الى دارنا
فتقرر موته ولما خرج اليها مغيرا ودعى بماله ظهر انه لا يريد العود الى دارنا
فتقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت
فانما اخذ المرتد مال الورثة فلهذا يرد عليهم قوله فالمكاتبة اي بدل الكتابة

لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب اوقتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا الدية فيما اكتسبه في حال الاسلام والردة جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك اولحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله لورثته اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم ومات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضي بلحاقه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى ٭

قال فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله

قوله لنفوذها بدليل منفذ لصدورها من الابن حال ولاية **قوله** لان اعتراض الردة اهدر

وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب
واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفي مولاه مكاتبته وما بقي
فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان
مكاتبا واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان المكاتب انما يملك اكتسابه بالكتابة

السراية فلا ينقلب الى الضمان بالاسلام لان الردة معنى لو مات عليه بالسراية لا يلزم شيء
فكذا اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او تناقضا البيع
ثم مات لا يجب الا دية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب
بالسراية شيء ولان البيع معنى يقطع ملكه في النفس مع قيام النفس محترمة والردة
تبطل حق النفس اصلا الا انا نقول ان الردة ليست بابراء عن ضمان الجناية وضعا
ولا شرعا بل هي لتبديل الدين الا ترى انها تصح من غير ابراء الا انه اذا مات على
ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف ما اذا باع العبد المجني عليه لان البيع
وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار
كالابراء كذا في الاسرار

قوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين فانه اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت
حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند اليمين او عند الحنث
لم يعتق هذا هو الحكم في المقطوعة يده وان كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوعة
يده من قطع اليد مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات
محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه
عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان
جنايته كانت قتلا

والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولد ان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام

قوله والكتابة لا يتوقف بالردة لانها لا تبطل بحقيقة الموت فلا تبطل باللحاق الذي هو شبه الموت فان قيل سلمنا ان المكاتب يملك اكسابه وان كان مرتد الكن لما قتل عن وفاء كان حرا في آخر جزء من اجزاء حيوته كما هومذهبنا ثم يستند حريته الى ماقبل الموت حتى يحكم بحرية اولاده الموجودين في حال كتابته فحينئذ كان مااكتسبه في حال الارتداد كسب الحر المرتد فيجب ان يكون فيئا على قول ابي حنيفة رحمه الله قلنا ذلك جواب القياس واما جواب الاستحسان فهو ميراث لورثته لانا حكمنا بحريته بالاداء بعد الموت في الحقوق المستحقة بالكتابة وذلك حريته وحرية اولاده وحقيقة الملك له في المكاسب وفيما عدا ذلك يعتبر ميتا عبدا الا ترى انه لا ينفذ وصيته وان مات عن وفاء لانها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة واذا كان كذلك فنقول في عدم صيرورته فيئا يجعل كانه مات عبدا وكسب العبد المرتد لا يكون فيئا كذا في الفوائد الظهيرية قوله فكذا بالادنى وهو الردة يعني ان الرق اقوى من الردة في المانعية من التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما اما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع انه رقيق لم يتوقف تصرفه ايضا مع الردة بالطريق الاولى قوله فحبلت المرأة في دار الحرب قيل ذكر دار الحرب وقع اتفاقا فانها اذا حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله يشتمل على فائدة وهي ان العلوق متى كان في

ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة *

دار الحرب كان ابعد من الاسلام ومتى كان في دار الاسلام كان اقرب الى الاسلام باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هنا كـ يكون جبرا هنا بالطريق الاولى *

قوله ولا يجبر ولد الولد وهو ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلما تبعا لجده كان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام فلا يجبر على الاسلام تبعا للجد ولا يجبر ايضا تبعا لابيه وهو الولد الاول لان التبع لا يستتبع غيره وقوله فالولد ان في ؟ ما ولد الولد فلانه كافر اصلي واما الولد الاول فلانه ولد المرتدة وولد المرتدة يسبى تبعا للام لان الولد تبع الام في الرق والحرية **قوله** كلها على الروايتين اي في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه جعل الجد فيها بمنزلة الاب اما صورة صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهي ما ذكره واما صورة صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان فقيرا او عبدا والجد موسر هل يجب نطرة الحافد على الجد ام لا صورة جر الولاء انه اذا اعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد ام لا وصورة الوصية للقرابة انه اذا اوصى رجل لذي قرابة لا يدخل الولدان فيها وهل يدخل الجد ام لا ففي ظاهر الرواية يدخل وفي رواية الحسن لا يدخل *

قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رح ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله تعالى عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما تتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالي بشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فيها انها موجودة حقيقة

قوله ولا يقتل اي وان ادرك كافرا **قوله** وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور وهو قوله سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلم وقيل اول من اسلم من الرجال ابوبكر رضي الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان علي رضي الله عنهم والتعلق به مشكل اذ لم ينقل انه عليه السلام صحح اسلامه في احكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة وان قلت صحح في احكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه انما الكلام في احكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما قلنا هي حكاية حال فلا عموم لها واحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها

ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم

قوله ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام فان قيل الاسلام منفعة محضة والردة مضرة محضة ولا يلزم من تحقق ما هو منفعة محضة تحقق ما هو مضرة محضة وان كان بعد وجود حقيقة الاترى ان قبول الهبة صحيح لانه منفعة محضة وردها باطل لانه مضرة محضة فكيف يقاس الردة بالاسلام قلنا هذا من اعتبار الشيء بعد وجود حقيقته فبعد ذلك لا يعتبر انه منفعة للصبي او مضرة وهذا لان الردة منه بجهل بخالقه وجهله في سائر الاشياء معتبر حتى لا يجعل عارفا اذا علم جهله به فكذلك جهله بردته فبهذا يعلم ان قياس الردة بالاسلام صحيح من حيث ان في كل منهما اعتبار الشيء بعد وجود حقيقته وبعذر الصبي لا يجعل ما وجد منه حقيقة انه غير موجود الاترى ان الصبي اذا صام ثم اكل عامدا ينعدم الصوم لوجود حقيقة الاكل ولا يعذر بالصبي لان من ضرورة كونه اهلا للعقد كونه اهلا لرفعه كما انه لما كان اهلا لعقد الاحرام والصلوة كان اهلا للخروج منه وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الى غيره الاترى ان ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يلحقه من جهة ابيه فيجب ان لا يلحقه من جهة نفسه ايضا **قوله** ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان في هذا التعليل نوع نظر اذ لو كان سقوط القتل عنه باعتبار المرحمة لصباه كان ينبغي ان لا يعذب في النار مخلدا كسائر الكفار وقد صح ان الصبي الكافر يخلد في النار فالصبي المرتد اولى لان كفره اغلظ والصحيح ما علل به في المبسوط لانه انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه

وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لايعقل من الصبيان لايصح ارتداده لان اقراره لايدل على تغيير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل والله تعالى اعلم بالصواب ء

قوله وهذا في الصبي الذي يعقل يعني في صبي عاقل يقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد عليه السلام حتى اذا ناظر الموحد افهم واذا ناظر الملحد افحم والاعتقاد باطن لا يوقف عليه فيقام السبب الظاهر وهو الاقرار عن طوع مقامه كما في البالغ ثم بعد وجود الشيء حقيقة اما ان يسقط اعتباره بحجر شرعي والحجر عن الاسلام باطل ولا يحكم بصحته لضرر يلحقه وذا باطل لانه سبب السعادة الابدية فكان محض منفعة في الدنيا والآخرة وهو الحكم الاصلي الموضوع له ثم قد يبتني عليه حرمان الارث والفرقة فلا يبالى بذلك لان النظر اليه في التصرفات الموضوعات الاصلية الا ترى ان ذا يثبت اذا جعل مسلما تبعا لغيره والتبعية فيما يتمحض نفعا لا فيما يشوبه ضرر وكونه موليا عليه لا ينفي كونه وليا بل يثبت الامران لينتفع بهما وهذا لانه لما كان قاصرا الاهلية صلح موليا عليه ولما كان صاحب اصل الاهلية صلح وليا ومتى جعلناه وليا لم نجعله فيه موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه لم نجعله وليا فيه فانه اذا صار مسلما باسلام نفسه لايكون فيه تبعا لابويه واذا كان مسلما تبعا لايكون مسلما باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة وقولهم في الردة انها مضرة محضة قلنا نعم الردة ضرر لكنه اهل للتصرف الضار اذا كان يندرج في امكانه تلافيه الا ترى ان الاقرار بالرق منه يصح وان كان ضرر الامكان تلافيه باقامة البينة على حريته فان قيل لو صح اسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضا لاستحالة القول بكونه متنفلا في الاسلام ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه متردد بين الفرض والنفل

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم

وبخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لغيره لان صفة الفرضية في الاصل مغنية عن اعتباره في التبع ولانه لولم يصف الاسلام بعد ما عقل لايقع الفرقة بينه وبين امرأته ولو صار عقله معتبرا في الدين لوقعت الفرقة اذا لم يحسن ان يصف كما بعد البلوغ قلنا انما لم يكن مخاطبا بالاداء لدفع الحرج عنه اذا امتنع وهذا يدل على انه يحكم بصحته اذا ادى باعتبار ان عند الاداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود كالمسافر لا يخاطب باداء الجمعة واذا ادى يقع ذلك فرضا منه بهذا الطريق وهذا لان عدم توجه الخطاب بالاسلام لدفع الضرر ولا ضرر عليه اذا ادرج الخطاب بهذا الطريق بل تتوفر عليه المنفعة مع انه يحكم باسلامه لوجود حقيقته من غير ان يتعرض بصفه وانما لا تبين زوجته منه اذا لم يحسن ان يصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية والاصالة ولتوفير معنى المنفعة عليه اما قوله انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا قلنا انما يمتنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة اذا كان بينهما مضادة فاما اذا تايد احدهما بالآخر فذلك مستقيم كالمرأة اذا سافرت مع زوجها ونوت السفر فهي مسافرة بنيتها مقصودة و تبعا لزوجها ايضا والله تعالى اعلم بالصواب.

باب البغاة

قوله باهل حروراء وهي قرية بالكوفة تمد وتقصر وسبب خروجهم انهم قالوا القتال واجب بالنص وعلي رض ترك القتال بالتحكيم فارسل علي عبد الله بن عباس رضي الله عنهما

ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال العبد الضعيف رضه هكذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهرزاده رحمه الله ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رح من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلتحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا

ليكشف شبهتهم فلما ذكروا قال ابن عباس رضي الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنى من بيض الحمام وفيه التحكيم لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي رضي الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصر قوم على ذلك ٭
قوله اهون الامرين الدعاء الى العود الى الجماعة بكشف شبهتهم والقتال **قوله** المعروف بخواهرزاده رحمه الله وهو خواهرزاده للقاضي الامام ابي ثابت رح **قوله** والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت قال ابو حنيفة رحمه الله اذا وقعت الفتنة بين المؤمنين ينبغي ان يعتزل الفتنة ويحترز عنها ويلزم البيت ولا يخرج الى الفتنة وتأويله

وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل و لا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم تكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لماذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رض قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها

اذا لم يكن له امام يدعو الى القتال اما اذا كان له امام وله غناء لا يسعه التقاعد وفي الحديث اذا هاجت الفتنة كن جليس بيتك •

قوله ما ذكرناه ارادبه قوله ولنا ان الحكم يدار على الدليل **قوله** يوم الجمل وقعة عائشة رضي الله عنها مع علي رض بالبصرة سميت بذلك لانها كانت على جمل اسمه عسكر **قوله** وان شاء حبسه لماذكرنا يريد قوله ولا يقتل اسيرا **قوله** ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل واصل هذا حديث صفوان فانه عليه السلام اخذ منه دروعا حالة المحاربة بغير رضاه فقال اغصبا يامحمد فقال لا بل عارية مؤداة **قوله** واما عدم القسمة فلما بيناه انهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال •

قال وماجباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم ياخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزئ من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه نعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال العبد الضعيف رض قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشران كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الان على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابويوسف رح لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رح واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي اوماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رح في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا اومالا له انه اتلف مالا معصوما اوقتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بماقبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رض

قوله كالقتل في دار الحرب وهوانه اذا قتل مسلم مسلما في دار الحرب ثم ظهر عليهم فليس على القاتل شيء فكذلك ههنا والجامع انقطاع ولاية الامام في حالة الجناية

رواه الزهري رحمه الله ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان الاحكام لابد فيها من الالتزام او الالزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل يثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي بحق فلايمنع الارث ولابي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبرا في حق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الاان من شرطه بقاؤه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان *

قوله رواه الزهري رحمه الله قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله عليه السلام كانو امتوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتأويل القرآن فهوموضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهوموضوع وكل مال اتلف بتأويل القرآن فهوموضوع ولان التأويل الفاسد تنزل منزلة الصحيح في حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل اهل الحرب فانهم لا يضمنون ما اتلفوا علينا لهذا المعنى وذلك لان اهل البغي يستحلون الدماء بتأويل ان ارتكاب الريب كفر وقدصارت لهم منعة دافعة فصح الدفع منهم فلا يضمنون لان لزوم الاحكام بالالتزام اوبالالزام والالتزام لانه باعتقاد حرمة الاتلاف وهم يعتقدون حله حيث يقولون عصى الله ولم يعمل بموجب الكتاب **قوله** الاان من شرطه اي من شرط الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقدبطلت ديانته قبل استيفاء حقه فبطل واذا قال كنت على الباطل انتفى الدافع وهوالتأويل الفاسد فيجب الضمان فيحرم عن الميراث

قال و يكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس بيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف و لا يكره بيع الخشب و على هذا الخمر مع العنب والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله لانه اعانة على المعصية و هي حرام لقوله تعالى و تعاونوا على البر والتقوى و لا تعاونوا على الاثم والعدوان قوله من اهل الكوفة والحكم في غير الكوفة ايضا كذلك الا ان تقييد الكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا فيها اولا قوله ما لا يقاتل به الا بصنعة كالحديد قوله و على هذا الخمر مع العنب يعني لا يكره بيع العنب ممن يجعله خمرا اذ العنب ليس بآلة المعصية وانما تصير بعد صيرورته خمرا اما السلاح فانه آلة الفتنة في الحال فيكره بيعه ممن يعرف بالفتنة والله تعالى اعلم بالصواب *

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب *

كتاب اللقيط

هو في اللغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ لانه على عرض ان يلقط وهو من باب وصف الشيء بالصفة المشارفة مثل من قتل قتيلا فله سلبه وفي الشريعة اسم لمولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه آثم ومحرزه غانم لما في احرازه من احياء النفس فانه على شرف الهلاك واحياء الحي بدفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى ومن احياها فكانما احيى الناس جميعا ولهذا كان رفعه افضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على الصغار وقد قال عليه الصلوة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من افضل الاعمال فلهذا اندب التقاط اللقيط ووجب ان غلب على ظنه ضياعه *

قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية ۰

قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا

قوله ولان الحكم للغالب اي يكون حرا باعتبار الغلبة لان الغالب فيمن يسكن في دار الاسلام الاحرار **قوله** والخراج بالضمان الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه الخراج بالضمان اي الغلة بسبب ان ضمنه والمراد هنا ان ميراثه لبيت المال بسبب ان ضمن بيت المال مؤنته **قوله** ولهذا اي ولان بيت المال ضمن مؤنته كانت جنايته في بيت المال فتكون نفقته فيه **قوله** الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية فحينئذ يرجع لان للقاضي ولاية عامة فصار امر القاضي كامره بنفسه لو كان من اهل الامر هذا اذا امره بالانفاق ليرجع عليه بان يقول انفق عليه على ان يكون ذلك دينا عليه فان امره بالانفاق عليه فقط قيل يرجع لما بينا والاصح ان لا يرجع لان مطلقه يحتمل الحسبة والاسند انه عليه فلا يرجع عليه بالشك

والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لامنازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين اوفي قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون مايضره

قوله والاصح انه على القياس والاستحسان الا ان هذا قياس آخر سوى الاول وجه القياس انه مناقض في كلامه لانه زعم انه لقيط في يده وابنه لايكون لقيطا في يده ووجه الاستحسان انه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الاقرار وهذا الالتزام تصرف منه على نفسه وله هذه الولاية والتناقض لا يمنع دعوى النسب كما اذا اكذب الملاعن نفسه وهذا لان سببه خفي فربما يشتبه عليه الامر في الابتداء فيظن انه لقيط ثم يظهر له انه ولده وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به اذ العلامة اصل في الشريعة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى ان كان قميصه قد من قبل الآية وكذا لو سبقت دعوة احدهما الا اذا اقام الآخر البينة لترجح دعواه بالبينة قوله في السبب وهو الدعوة قوله واذا وجد في مصر من امصار المسلمين الى قوله وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لانه حكم له بالحرية والاسلام فلو جعل ابنا للكافر بدعوته لكان تبعا له في الدين فكان حكما بابطال اسلامه قوله فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وليس من ضرورة رد قوله في احد الحكمين رده في الآخر لان النسب ينفك عن الدين فولد الكافر من امرأة مسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم

وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة اوفي بيعة اوكنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الاترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لان للملتقط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء مالا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق

قوله وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير اي ايهما كان موجبا الاسلامه يعتبر ذلك لان الاسلام يعلو ولا يعلى كالمولود بين كافر ومسلم وفي رواية يعتبر زيه وعلامته كما اذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزي والعلامة المتصل **قوله** الا ان يقيم البينة انه عبده فان قيل كيف تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس بولي له فلا يكون خصما عنه فيما يضره قلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق بحفظه لانه لقيط ولا يتوصل المدعي الى استحقاق يده الا باقامة البينة عليه فلهذا كان خصما عنه **قوله** فهو له اعتبارا للظاهر فان قيل الظاهر يكفي للدفع

ولا يجوز ترويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة •
قال ولاتصرفه في مال الملتقط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما •
قال ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها **قال** ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله •
قال ويواجره قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري رح في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على مانذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى •

لاللاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتا للاستحقاق وليس له ذلك قلنا بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير ثم الظاهر ان يكون الاملاك في يد الملاك وكذا الظاهر يدل على ان من وضعه ومعه هذا المال لينفق عليه منه وكذا اذا كان مشدودا اي اذا كان المال مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا وهو قوله اعتبارا للظاهر وكذا تكون الدابة له • **قوله** ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية فان قيل قد احياه بالالتقاط والتربية فوجب ان تثبت له الولاية كالمعتق تثبت له الولاء بالاعتاق الذي هو احياء حكما قلنا الرقيق في صفة المالية هالك والمعتق يحدث فيه هذا الوصف واللقيط كان حيا حقيقة ومن اهل الملك حكما فالملتقط لا يكون محييا له لا حقيقة ولا حكما **قوله** بخلاف الام لانها يملكه اي يملك الام اتلاف منافعه بلاعوض بالاستخدام فبعوض الاجارة اولى وانما صح تسليمه في حرفة لانه نافع له مطلقا لانه اذا كان مشغولا بعمل قلما يشتغل بالفساد والله تعالى اعلم •

كتاب اللقطة

قال اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لاتكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقرانه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ‌٭

كتاب اللقطة

اللقطة المال الواقع على الارض سميت بها لانها تلتقط غالبا اي تؤخذ وترفع وذكر في المبسوط اختلاف الناس فيمن وجد لقطة فالمتقشفة يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه احد مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا فكما لا يحل له تناول مال الغير بغير اذنه لايحل له اثبات اليد عليه بغير اذنه وبعض المتقدمين من ائمة التابعين كان يقول يحل له ان يرفعها والترك افضل له لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء رح ان رفعها افضل من تركها لانه لوتركها لا تأمن ان تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها واذا اخذها هو عرفها حتى يوصلها الى مالكها ولانه يلتزم الامانة في رفعها والتزام اداء الامانة تعرض لنيل الثواب لانه يثاب على اداء ما يلتزمه من الامانة فانه يمتثل فيه الامر قال الله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وامتثال الامر سبب لنيل الثواب ‌٭

وقال ابويوسف رح لايضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس

قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال العبد الضعيف وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله اياما معناه على حسب ما يرى الملتقط وقدره محمد رحمه الله تعالى في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي المجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها

قوله وقال ابويوسف رح القول قوله اي مع يمينه وذكر في فتاوى قاضيخان رح هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع يأخذ منه الظالم فيترك الاشهاد لا يكون ضامنا وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمنه لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه **قوله** واحدة كانت اللقطة او اكثر

كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح *

قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها *

قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه

يعني سواء كانت اللقطة من جنس واحد ومن اجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب لان اللقطة اسم جنس فيتناول الكل *

قوله كالنواة وقشور الرمان اي في مواضع مختلفة فوجد من ذلك شيئا كثيرا فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فلا باس بالانتفاع بها ولكنه يبقى على ملك مالكه حتى كان له ان يأخذه من يد الملتقط وان وجده مجتمعا لم يحل له ان ينتفع به لان الظاهر ان مالكه ما القاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه وذكره شيخ الاسلام رحمه الله في شرح كتاب الذبائح انه ليس للمالك ان يأخذها من يده بعد ما جمعها واخذها ويصير ملكا للآخذ وكذا الجواب في التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله كذا في الذخيرة **قوله** والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف الاجازة على قيام المحل اي قيام المحل الذي تصدق على الفقير حتى لو اجاز بعد ما تلف المال في يد الفقير تصح الاجازة بخلاف اجازة بيع الفضولي فانه يشترط فيه قيام المحل وهو المبيع لثبوت الملك فيه بعد الاجازة وهذا لان التصدق لو حصل باذن

وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله * قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رحمهما الله اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها مايدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة

الشارع والمالك يثبت للفقير ملك لازم ولو حصل بغير اذنهما لايقع الملك للفقير قبل الاجازة كما في بيع الفضولي فاذا حصل باذن الشارع وبغير اذن المالك وفرنا على الامرين حظهما فقلنا من حيث ان التصدق حصل باذن الشرع يملكه الفقير قبل الاجازة ومن حيث انه حصل بدون اذن المالك يثبت للفقير ملك غير لازم *

قوله وان شاء ضمن الملتقط فان قيل كيف يضمنه وقد تصدق باذن الشرع قلنا الشرع اباح له التصدق وما الزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط للضمان حقا لصاحب المال كتناول المضطر مال الغير وان شاء ضمن المسكين لانه قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه فان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله فهو احق به وايهما ضمّنه لم يرجع على الآخر بشيء اما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره واما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشيء

قوله واذا كان معها اي مع اللقطة مايدفع به عن نفسها كالقرن في حق البقر وزيادة القوة في حق البعير بعدوه وكده ونفحه فيقضي بالكراهة اي بكراهة الاخذ

فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة ايام على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله تعالى عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعدما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك

قوله وفي هذا نظر من الجانبين اي من جانب المالك بابقاء عين ما له له ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة **قوله** وفي الاصل شرط اقامة البينة اي يقيم الملتقط البينة على ان هذه الدابة لقطة عندي **قوله** وليست البينة تقام للقضاء جواب لسؤال وهو ان يقال ان البينة لا تقبل من غير خصم حاضر ولا خصم ههنا قلنا هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بشرط

وهذه رواية وهو الاصح **قال** واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حيي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن ه

قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رح يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا تحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى يجبر والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه

قوله وهذه رواية وهو الاصح هذه هي الرواية التي ذكرنا في مسئلة اللقيط من المبسوط بان الاصح ان يأمر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون ذلك دينا على اللقيط فحينئذ يرجع على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع وانما قال لم تبع اللقطة لان القاضي لو رأى المصلحة في بيع اللقطة بعد ما انفق الملتقط عليها يوما او يومين فله ذلك ودين الملتقط يؤدى من ثمن اللقطة **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه حيي بنفقته **قوله** ولا تحل لقطتها الا لمنشدها يقال

ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق به الا حجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة

انشدت الضالة اي عرفتها ويقال انشدتها اي طلبتها كذا في الصحاح ثم معنى الحديث ولا تحل لقطتها اي لقطة مكة الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عند الشافعي رحمه الله وعندنا المراد من المنشد المعرف ولهذا ذكر في رواية اخرى ولا يلتقط لقطة الا من عرفها والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه باعتبار انها للغرباء ظاهرا فيناول ويقول ان مالكها ذهب ظاهرا فلم نحتج الى التعريف ؛ العفاص الوعاء الذي تكون فيه اللقطة من جلد او خرقة او غير ذلك يقال اوكى السقاء اذا شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشد به ؛

قوله ولنا ان اليد حق مقصود كالملك بدليل انه يجب الضمان في غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لما ان المدبر غير قابل للنقل ملكا **قوله** بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله وصورة ذلك ميراث قسم بين الغرماء او بين الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر هنا ليس بثابت ولهذا كان له ان لا يدفع اليه المال لان الكلام في الدفع اليه بذكر العلامة واما في مسئلة الوارث فحق الحاضر معلوم وحق الآخر موهوم عسى ان يكون وعسى ان لا يكون فلا يجوز تاخير حق الحاضر الى وقت التكفيل لامر محتمل لا امارة عليه هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة

وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني
لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأته يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة
لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها
وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رضي الله تعالى عنه
فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملاله
على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه
لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فبقي ما وراءه على الاصل والغني
محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها

واما اذا دفع اللقطة بحكم ان الحاصر اقام البينة على انها له ففي اخذ الكفيل روايتان
عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه والصحيح انه لا ياخذ كفيلا
قوله وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر فلما لم يكن ظاهرا جاز ان يكون المالك
هو الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما اياه الدفع اليه
ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن
المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض
لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس
بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه
ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع
عليه بما ضمنه كذا في المبسوط **قوله** حملاله على رفعها اي ليكون حاملا وباعثا على رفعها
قوله لاطلاق النصوص لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان يكون
تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم ٭

وانتفاع ابي رضي الله تعالى عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجه وان كان هو غنيا لما ذكرنا والله تعالى اعلم بالصواب٭

قوله وانتفاع ابي كان باذن الامام اي انتفع ابي بها بحكم القرض باذن الامام وله ان يقرض اللقطة من الملتقط ومن غيره ولا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا انتفع بحكم القرض بغير اذن الامام على انه يحتمل انه علم فقره وحاجته لديون عليه فاذن له في الانتفاع بها وخلطها بماله ويحتمل ان ماله دون النصاب ويحتمل ان ذلك المال كان لحربي لا امان له وذلك لان دار الاسلام يومئذ لم يكن فيها منعة وقد عرفها ثلث سنين فكان الظاهر انها لو كانت لمسلم لظهر فلما لم يظهر علم انها كانت لكافر وقد سبقت اليه يده فجعله احق به لهذا واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله فانه رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا امره بان يعرف **قوله** من تحقيق النظر من الجانبين وهو نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط لما ذكرنا اي من تحقيق النظر من الجانبين والله تعالى اعلم بالصواب ٭

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوي عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

قال ومن رد آبقا على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل

كتاب الاباق

الآبق هو المملوك الذي فر من صاحبه تمردا او عنادا والضال هو الذي ضل الطريق الى منزله **قوله** لما فيه من احيائه لان الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له **قوله** ثم آخذ الابق يأتي به الى السلطان هذا اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله واما اختيار شمس الايمة الحلواني رحمه الله ان الراد بالخيار ان شاء حفظ بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار

الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب مادونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لايتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر

قوله الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فقال بعضهم دينارا او اثناعشر درهما وقال علي رضي الله تعالى عنه دينارا وعشرة دراهم وقال عمار رضي الله تعالى عنه ان اخذه في المصر فله عشرة دراهم وان اخذه خارجا من المصر فله اربعون درهما وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه حين قدم رجل باباق من القوم فقال القوم لقد اصاب اجرا وجعلا انشاء من كل رأس اربعين درهما فاخذنا باجماعهم في ايجاب اصل الجعل وكفى باجماعهم حجة ورجحنا قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في مقداره لانه قال في مجلسه ذلك واشتهر منه ولم ينكر عليه احد فان قيل ينبغي ان يؤخذ بالاقل المتيقن لا بالاكثر المشكوك قلنا انما لم يأخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من ميسرة السفر ولان نصب المقادير بالرأي لايكون فلاطريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا السماع فكان كلامنهم روى ما قاله عن النبي عليه السلام والمثبت للزيادة من الاخبار عند التعارض اولى فلذا اخذنا بالاكثر واذا اتى رجل بعبد آبق فاخذه السلطان فحبسه فجاء رجل واقام البينة انه عبده فانه يستحلفه بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه وذلك لانه لما اقام البينة فقد اثبت ملكه فيه بالحجة الا انه يحتمل ان يكون باعه او وهبه

قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد رحمة الله تعالى عليه وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص منها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رحمة الله تعالى عليه ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء

ولا يعرف الشهود ذلك فان قيل كيف يستحلفه وليس ههنا خصم يدعي ذلك قلنا يستحلفه صيانة لقضاء نفسه والقاضي مأمور بان يصون قضاءه عن اسباب الخطأ بحسب الامكان او يستحلفه نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري او موهوب له فاذا حلف دفعه اليه وفي اخذ الكفيل منه روايتان وهو الاصح وان لم يكن للمدعي بينة ولكن اقر العبد انه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا اما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد اقر انه مملوكه ولو ادعى انه حر كان قوله مقبولا فكذلك اذا اقر انه مملوك له واما اخذ الكفيل فلان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون التكفيل بخلاف الاول فان الدفع هناك بحجة ثابتة عند القاضي كذا في المبسوط وإذا كان الآبق بين رجلين فالجعل عليهما على قدر انصبائهما فان كان احد الموليين حاضرا والآخر غائبا فليس للحاضر ان يأخذه حتى يعطيه الجعل كله واذا اعطاه لم يكن متبرعا واذا قال الرجل لغيره ان عبدي قد ابق فان وجدته فخذه فقال المأمور نعم ثم ان المأمور وجده على مسيرة ثلثة ايام فاخذه ورده على المولى فلا جعل له لان المولى قد استعان منه في رد الآبق وقد وعد الاعانة والمعين لا يستحق شيئا

قوله ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة اي لا يجوز الصلح مع الراد على الزيادة على اربعين

تحقيقا للفائدة وام ام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو ردبعد مماته لاجعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى اوابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الاخر فلا جعل لان هولاء

لانه يتضمن بطلان التقدير الثابت شرعا ولا كذلك الصلح على الاقل لان له ان لا يأخذ شيئا اصلا فله ان يحط والجواب لمحمد رحمه الله ان المطلق قد يتقيد بدلالة الفرض كالاذ ان فانه شرع جهرا مع ان الاصل في الاذكار الاخفاء فيتقيد النص بما اذا كانت قيمته اكثر من اربعين *

قوله تحقيقا للفائدة والجواب عنه ان الفائدة تحصل بالاكتساب لان كسبه يزيد على قيمته ظاهرا ولهذا قلنا بوجوب الجعل في ام الولد **قوله** وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن فان قيل الجعل يجب باحياء المالية ولا مالية لام الولد خصوصا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه قلنا المالك احق بكسبها ولها مالية باعتبار كسبها وقد احياه الراد بالرد فيستوجب الجعل عليه فان مات المولى قبل ان يصلا اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وهذا ظاهر في ام الولد وكذا في المدبر اذا خرج من الثلث وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر مديون وعنده يصير كالمكاتب ولا جعل لراد المكاتب لانه احق بكسبه فلا يكون راده محييا لماليته باعتبار الرقبة والكسب **قوله** ولو كان الراد اب المولى اوابنه وهو في عياله **قوله** وهو راجع الى احدهما ايهما كان لانه ذكر كلمة او والجملة في ذلك ان الراد اذا كان في عيال مالك العبد اي في مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان ذلك الراد ابا للمالك او ابنا له واما اذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل ان كان الراد ابن المالك

يتبرعون بالرد عادة فلا يتنا ولهم اطلاق الكتاب ٭

قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله تعالى عنه

فلا جعل له ايضا وان كان اباه فله الجعل وذكر في المبسوط جواب القياس بان الراد الذي هو ذو رحم محرم من المالك يستحق الجعل في جميع ذلك اذا لم يكن في عياله ثم قال ولكنه استحسن فقال اذا وجد عبد ابيه وهو في عياله او ليس في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على ابيه من جملة خدمته وخدمة الاب مستحقة على الابن فاما اذا وجد الاب عبد ابنه فان كان في عيال ابنه فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عياله ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلا آخر وان لم يكن الاب في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب ٭

قوله يتبرعون بالرد عادة فان قيل طلبهم الجعل دليل على انهم لم يتبرعوا قلنا من الجائز انهم تبرعوا في الرد ثم ندموا لبعض الاسباب فعلى هذا الوجه لا يجب فلا يجب بالشك وا لاحتمال **قوله** فلا يتناولهم اطلاق الكتاب يعني قوله ومن رد الآبق على مولاه **قوله** هذا اذا اشهد وان ادعى انه اخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف المذكور في اللقطة هذا اذا علم انه كان آبقا وان انكر المولى ان يكون العبد آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الاخذ وهو ادعى الاذن من المالك في اخذه وانكره المالك وعلى هذا لو رده فانكر المولى ان يكون عبده آبقا فلا جعل له الا ان يشهد الشهود بانه أبق من مولاه وان مولاه اقر بانه فحينئذ يجب له الجعل كذا في المبسوط ٭

وذكر في بعض النسخ انه لاشيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لاشيء عليه لما قلناه

قال ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد من بيع ما لم يقبض فجاز

قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لاجعل له

قوله في بعض النسخ اي في نسخ المختصر للقدوري رحمه الله تعالى ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بخلاف ما اذا دبره وكذا اذا باعه من الراد اي يصير قابضا ويجب الجعل بخلاف ما اذا وهبه من الراد حيث لا يصير قابضا قبل الوصول الى يده **قوله** والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه جواب لسؤال يرد بناء على قوله لانه في معنى البائع من المالك فكان ينبغي ان لا يجوز بيع المالك منه قبل القبض بانه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز فان قيل الشبهة ملحقة بالحقيقة في المحرمات قلنا هذه شبهة الشبهة ولا عبرة لها وهذا لانه لو شرط رضى المالك تنصيصا لتحققت الشبهة لانه ملكه حقيقة فعند عدم الرضاء تتحقق شبهة الشبهة **قوله** لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه لان الاصل ان يكون الانسان عاملا لنفسه

لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن فان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن لايبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدء بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلاجعل له

قوله لانه رده لنفسه لانه بالاخذ على هذا الوجه صار ضامنا ولما رده كان رده لاسقاط الضمان عن ذمته فكان رادا لنفسه والمراد من الشراء صورته والا فهذا التصرف لايكون شراء حقيقة لعدم الملك فكذلك الاتهاب والارث **قوله** فصار كثمن الدواء يعني مداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على الامانة والمضمون فكذا هذا **قوله** وان كان مديونا اي العبد الآبق اذا كان مديونا بان كان ماذونا فلحقه الدين في التجارة او استهلك مال الغير او قربه مولاه **قوله** فعلى الموهوب له وان رجع الواهب اي يجب الجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكر هذا لدفع شبهة ترد على ما ذكرنا قبله فيجب على

لانه هو الذي يتولى الرد فيه والله تعالى اعلم بالصواب *

من يستقر الملك له وقوله فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه فعلى هذا كان ينبغي ان يجب الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه فاجاب عنه بان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اي برد الابق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو الرد وترك الموهوب له التصرف قلنا نعم ولكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هنا *

قوله لانه هو الذي يتولى الرد وكذلك ان كان اليتيم في حجر رجل يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة وكذلك لا جعل للسلطان اذا رد آبقا والله تعالى اعلم بالصواب *

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هوام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لا خفاء انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف

كتاب المفقود

هو غائب لم يدر موضعه وحيوته وموته

قوله والمفقود بهذه الصفة اي عاجز عن اقامة مصالحه **قوله** وجب بعقده اي بعقد القائم مقام المفقود **قوله** ولا في نصيب له في عقار وعروض بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره لا يكون منصوب القاضي خصما فيه لمن يجحده

انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن ٥

قوله انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يملك الخصومة وعندهما لا والوكيل بالقبض من جانب القاضي لا يملك الخصومة اتفاقا واذا كان كذلك يتضمن الحكم به اي بثبوت ما ادعاه من مخاصمة من يحفظ ماله باي جهة كانت قضاء على الغائب وليس للقاضي ان يقضي على الغائب وللغائب الا اذا كان عنه خصم حاضر عندنا وكذا لا ينبغي للقاضي ان ينصب وكيلا عن الغائب وللغائب ولكن لو فعل ذلك ينفذ قضاؤه **قوله** الا اذا رآه القاضي اي لو كان القاضي ولاه ذلك ورآه ونفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذ لانه يصير قضاؤه في فصل مجتهد فيه فينفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كالو كان القاضي محدودا في قذف قلنا المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل يكون حجة بلا خصم حاضر ام لا فاذا رآه القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف **قوله** ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها **قوله** ومعناه اي ماليته فتحصل ماليته في ثمنه فذلك بأمر بحفظ ثمنه **قوله** وهو ممكن اي حفظ الصورة ممكن ٥

قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصوراً على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما معناه اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا

قوله فمن الاول وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء **قوله** ومن الثاني وهم الذين لا يستحقون النفقة بغير قضاء الاخ والاخت والخال فانه لاتجب نفقة هؤلاء الابقضاء او رضاء لانه مجتهد فيه ولهذا لم يكن لهم الاخذ من غير قضاء او رضاء **قوله** فان كانا ظاهرين اي الدين والوديعة والنسب والنكاح جعل الوديعة والدين واحدا والنسب والنكاح واحد فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية

هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه ومن عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه على الغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود ه

قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن في المدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق

قوله هو الصحيح ذكر هذه المسئلة في كتاب النكاح وقال ينفق عليهم اذا كانا مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهنا شرط الاقرار بما ليس بظاهر منهما وليس هذا اختلاف الرواية فان تأويل ما ذكر في كتاب النكاح انه لم يكن شيء منهما ظاهرا عند القاضي فقوله في الكتاب هو الصحيح اشارة الى هذا التأويل ونفي اختلاف الروايتين لان للقاضي ولاية القضاء بعلمه كما اذا اقر بين يديه ثم غاب **قوله** اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء لشبهه به لان حقها في الجماع يفوت بصنعه وهو السفر كما يفوت ثمه بصنعه وهو الايلاء والسنة من العنة اذ حقها في الجماع فات بسبب هو معذور فيه وهو الغيبة لانها مباح كما فات حقها ثمه بالعنة وهو معذور فيه

خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله تعالى عنه رجع الى قول علي رضي الله تعالى عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع موجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة ه

قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله تعالى عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رحمه الله بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة

قوله خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع يعني قول علي رضي الله عنه حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في الحديث المرفوع ان المراد من ذلك البيان ظهور موت المفقود او طلاقه **قوله** يقدر بموت الاقران لان ما يقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت كل اقرانه نادر وبنا الاحكام الشرعية على الظاهر ويعتبر موت اقرانه في بلده لان التفحص عن حال الاقران في كل البلاد متعذر **قوله** والاقيس ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ولا نص فيه والاصوب الارفق ان يقدر بتسعين لان الغالب في زماننا ان الحيوة بعدها نادرة ولا عبرة للنادر

ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصي للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظيره هذا الحمل فانه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى

قوله ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده وحاصله انه حي في حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته كما لو عاينا حيوته ميت في حق غيره حتى لا يرث احدا لان حيوته يثبت بالاستصحاب فانا علمنا حيوته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير اثبات امر لم يكن ثابتا ولان حيوته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله ومعنى قوله لا يرث المفقود احدا ان نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكا للمفقود اما نصيب المفقود من الارث فيوقف لان حيوة المفقود محتملة والمحتمل يكفي للتوقف كما في الجنين فان ظهر حيا علم انه كان مستحقا وان لم يظهر حيا حتى بلغ تسعين سنة فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال كالموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا **قوله** والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن اي تصادق الورثة

ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما

المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبي الذي في يده المال قد مات المفقود قبل ابنتيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر فقد اقر بان ثلثي ما في يده للابنتين يجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول اولاد الابن ابونا مفقود لانهم لا يدعون لانفسهم بهذا القول شيئا ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر من في يده المال اما لو جحد ان يكون للميت مال في يده فاقامت الابنتان البينة ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى الابنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يده جحد فهو غير موتمن عليه هذا اذا كان المال في يد اجنبي واما لو كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من ايديهما لان النصف صار بينهما بيقين والنصف الثاني للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود اي لا يجعل مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود من غير ان يقضى به لهما ولا لابيهما لانه لا يدرى من المستحق لهذا الباقي كذا في النهاية وفي آخره كذا في المبسوط والذخيرة •

قوله ولو كان معه وارث اي مع الحمل قوله ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه منه

فى المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهي بأتم من هذا والله تعالى اعلم بالصواب*

اذا ترك امرأة حاملا وجدة فللجدة السدس لانه لا تتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وذلك كابن الابن والاخ والعم حتى انه لو ترك امرأة حاملا اخا او عما لا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما يرثان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كما فى المفقود وهو انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا فى الحمل لانه لا تتغير نصيبها وكذلك اذا ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى للاخ شيء وكذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا يستحق الام السدس وان كان ميتا يستحق الثلث كما فى الحمل والله اعلم بالصواب *

كتاب الشركة

الشركة جائزة لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه *

قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان ويشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا وملكاها بالاستيلاء او اختلط ما لهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا اوالا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه

كتاب الشركة

هي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الآخر ثم يطلق اسم الشركة على العقد وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب الاختلاط وشرعيتها بالسنة فانه عليه الصلوة السلام بعث والناس يباشرونها فقررهم عليه واجماع الامة والمعقول فهي طريق ابتغاء الفضل وهو مشروع بالكتاب *

قوله خلطا يمنع التمييز رأسا كخلط البر بالبر او الا بحرج كخلط الحنطة بالشعير

وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت

قوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي والفرق وهو ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك من المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وهذا اولى من عكسه لان التصرف مع الشريك اسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبي بدليل جواز تمليك معتق البعض من الشريك دون الاجنبي وكذا اجارة المشاع من الشريك جائزة بخلاف الشركة الحاصلة بالميراث وما يجري مجراه لانه لم يوجد بعد ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال بوجه فكان ملك كل واحد منهما قائما في نصيبه من كل وجه فجاز بيع نصيبه من الشريك ومن الاجنبي كذا في مبسوط شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده رحمه الله تعالى ولان الشركة اذا كانت من الابتداء بينهما بان اشتريا حنطة او ورثاها كان كل حبة يشار اليها مشتركة بينهما فيبيع احدهما نصيبه منها مشاعا فهو جائز سواء كان بيعه من صاحبه او من الاجنبي اما اذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط والاختلاط فكل حبة يشار اليها ليست بمشتركة بينهما لان تلك الحبة بجميع اجزائها تكون لاحدهما لامحالة من غير اشتراك فيها فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الاجنبي لانه لا يقدر على تسليم نصيبه منها الا جزء ولا كلا لما ان كل حبة ليست بمشتركة بينهما فيتوقف جواز بيعه من الاجنبي الى اذن شريكه لاختلاط المبيع مع غيره اما اذا كان بيعه من صاحبه فيمكن التسليم فيجوز الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية في كتاب القضاء

وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة *

قال قائلهم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا *

اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال

قوله وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة لان كل واحد من الشريكين يكون وكيلا من الآخر في نصيب ما يشتريه ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما وما لا يقبل الوكالة كالاصطياد والاحتطاب يكون المستفاد فيه للعامل ولا يقع مشتركا فلا يتحقق حكمه المطلوب منه وهو الشركة في المال فلهذا لم تصح الشركة فيه **قوله** لا يصلح الناس فوضى البيت اي لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم امراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين تتحقق المنازعة بينهم لانه اذا لم يكن فيهم امير مطاع في امره ونهيه كان كل واحد منهم مستقلا برأيه فتتحقق المنازعة ولا سادة اذا ساد الجهال **قوله** فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء لان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء عقد المفاوضة اشترطت المساواة فكذا في الانتهاء *

والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الاخر لفات التساوي وكذلك في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه تجوز

قوله والمراد به ما تصح الشركة فيه اي ما يصلح لرأس مال الشركة كالدراهم والدنانير ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه اي ما لا يصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون **قوله** وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لا تصديق بلا تصور **قوله** وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد كما اذا قال وكلتك بشراء شيء وكما لو قال كفلت عنك ما بايعت الناس او غصبت من الناس فعند الانضمام اولى فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لآخر وكلتك في مالي اصنع ما شئت يجوز له ان يتصرف في ماله قلنا العموم ليس بمراد ههنا فانه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما يكون توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز **قوله** وبه يترك القياس اي بالتعامل يترك القياس كالاستصناع ودخول الحمام وهذا لان تعاملهم بلا نكير كالاجماع ويترك القياس بالاجماع **قوله** والجهالة متحملة تبعا اي لغيرها وهي المساواة لان المفاوضة تقتضي المساواة على ما مر ولا تثبت

لان المعتبر هو المعنى *

قال وتجوز بين الحرين الكبيرين مفلسين اوذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي

المساواة الا بعدان يصير كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه وهذا جواب عن وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فاجاب ان ما لا يثبت مقصودا جاز ان يثبت تبعا كالمضاربة جازت بالاجماع وان اشتملت على التوكيل بشراء مجهول الجنس اذا لم يبينا نوعا ومثل هذا ايضا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء شيء مجهول الجنس لا يصح ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك *

قوله لان المعتبر هو المعنى الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة **قوله** والآخر مجوسيا فان قيل المساواة معدومة بينهما فان المجوسي يتصرف في الموقوذة والكتابي لا والكتابي يوجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسي لا قلنا ان من يجعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم لا يفصل بين الكتابي والمجوسي فتحققت المساواة والجواب عن الثاني انه لو آجر الكتابي نفسه يجوز ويطالب به المجوسي وان لم يقدر على ايفائه بنفسه لانه يقدر على الايفاء بالغير وهو المعين والاجير وكذا لو آجر المجوسي يجوز وان لم يقدر بنفسه لقدرته بغيره كالخياط مع القصار اذا عقدا عقد المفاوضة صار كل واحد منهما مطالبا على الآخر وان لم يقدر بنفسه **قوله** لما قلنا اي لتحقق التساوي **قوله** الا باذن المولى فان قيل لما اذن له المولى في الكفالة يثبت التساوي بينه وبين الحر قلنا لا يثبت لانه لا تصح كفالته باذن المولى اذا كان عليه دين وكذا لا يجوز

قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرائطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما ٭

قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه واما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا ٭

كفالته بعدما كفل بمقدار نصيبه كذا ذكره الفقيه ابو الليث رحمه الله ٭

قوله الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود اي يكره مشاركة المسلم الذمي لان الذمي لا يتوقى العقود الفاسدة فربما يصير سببا لوقوع المسلم في المحرم والجواب عن قول ابي يوسف رحمه الله كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي ان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عمدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه بين الحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف كذا في المبسوط **قوله** ولا يشترط ذلك في العنان من صورة المسئلة اذ هو اي العنان وفي المبسوط ان العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا

قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا الكسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى من المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولابد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما *

قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة

بخلاف المفاوضة فانها عامة لا غير وفي الايضاح وكل موضع فقد شرط من شروط المفاوضة وذلك ليس بشرط في العنان كانت الشركة شركة عنان لان الشركة المفاوضة اعم اي في الشروط من شركة العنان فوقع التفاوت بينهما من حيث العموم والخصوص فاذا بطل معنى العموم بقي معنى الخصوص فجاز اثبات العنان بلفظ المفاوضة كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم *

قوله لما بينا ان مقتضى العقد المساواة الى آخره قوله وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء اي و لبائع الطعام والكسوة ان يأخذ بثمن الطعام والكسوة اي الشريكين شاء وان لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لان المشتري باشر بسبب الالتزام والآخر كفيل عنه بما لزمه بالشرى بسبب شركة المفاوضة فكان سبب توجه المطالبة على كل واحد منهما موجود ابسبب على حدة فيطالبه لذلك

مما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة ۔

قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رحمه الله انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة فتصح وبالنظر الى الابتداء

ولان في عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة في ان لا يقع عقد احد الشريكين منه منالكفالة فتثبت الكفالة فاذا اداه احدهما من مال الشركة رجع المودي على المشتري بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان على المشتري خاصة فقد قضي من مال الشركة ۔

قوله فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ولا فرق بين ان يكون الاستيجار واقعا على الشركة او لحاجة المستاجر خاصة ذكر في المبسوط وصورة الاستيجار وهي ان يستاجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتهما او دابة او شيئا من الاشياء فللموا جران يأخذ بالاجر ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل من صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استاجره لحاجة نفسه اواستأجر ابلا الى مكة ليحج عليها فللموا جران يأخذ ايهما شاء ان شاء اخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء اخذ شريكه لكفالته عنه **قوله** والخلع صورته ما اذا كانت المرأة عقيدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها ما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها **قوله** وصار كالاقراض والكفالة

لم تصح ممن ذكراه وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لاحكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه لانه معاوضة انتهاء *

في المبسوط في اول باب بضاعة المفاوض واذا اقرض احد المتفاوضين فهو ضامن نصف مااقرض لشريكه لانه متعد في نصيب شريكه بتصرفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركة *
قوله لم تصح ممن ذكراه اي من الصبي والعبد المأذون والمكاتب **قوله** واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله ذكر في المبسوط ان اقراض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع **قوله** ولو سلم فهو اعارة اي ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه قلنا انما لا يلزمه لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان لما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين مااقرضه لاحكم بدله كما في الاعارة الحقيقية **قوله** حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم في الاقراض الاجل **قوله** ومطلق الجواب في الكتاب وهو قوله ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله محمول على المقيد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد مع ابي حنيفة رحمه الله في ضمان الغصب والاستهلاك ومع ابي يوسف رحمه الله في الكفالة لابي يوسف رح في ضمان الغصب والاستهلاك ان هذا الضمان واجب بسبب

قال وان ورث احد هما مالاتصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذهي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احد هما عرضا فهو له ولاتفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لاتصح فيه الشركة فلاتشترط المساواة فيه والله اعلم •

ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك وانه لا تحتمل الشركة وهما يقولان ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي المأذون والمكاتب به وهذا لانه بدل مال محتمل للشركة لانه انما يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان ولما كان كذلك كان كل واحد من شريكي المفاوضة ملتزما له فيجب عليه •

قوله وان ورث احد هما مالا الى قوله ووصل الى يده اعلم انه اذا وصل الى يد احد المتفاوضين مال يصلح رأس مال الشركة كالدراهم والدنانير بالارث او الهبة او الصدقة تبطل المفاوضة وتصير عنانا لان المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة شرط للمفاوضة ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانه انما يشاركه فيما حصل بسبب التجارة او بما يشبهها بثبوت الوكالة في ذلك وهذه الاسباب ليست بتجارة وانما تبطل المفاوضة اذا قبض الدراهم او الدنانير لان لم يقبضها لم تبطل لان الدين لا يصلح رأس مال المفاوضة فاذا قبض الآن ازداد مال احدهما من جنس رأس مال المفاوضة فتبطل المفاوضة بهذا وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وبهذا وضح ان قوله في الهداية ووصل الى يده يرجع الى الهبة والارث والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل

ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رحمه الله تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح مالم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لانه ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ماضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا تجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد

فصل

قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فان قيل ان اراد ان شركة المفاوضة لا تصح الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فشركة الوجوه والتقبل تصيره مفاوضة وعنانا ولا مال فيهما فقد ذكر في المبسوط ان شركة الوجوه والتقبل كل واحدة منهما يكون مفاوضة وعنانا واشار الى ذلك في الكتاب ايضا وان اراد مطلق الشركة فينتقض بهما ايضا قلنا اريد بالشركة شركة المفاوضة اذ الكلام فيها والمعنى ان شركة المفاوضة اذا كانت في المال يجب ان يكون ذلك المال من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة لان المفاوضة لا تكون الا في المال **قوله** بخلاف المضاربة لانها جوزت بخلاف القياس.

باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى مثل قول محمد رحمه الله تعالى والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها •

قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال

لما فيها من ربح ما لم يضمن لان مال المضاربة غير مضمون على المضارب حتى لو هلك لا يضمن المضارب وقد نهى النبي عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمضارب له نصيب من الربح فاقتصر على مورد الشرع وهو عقد المضاربة •

قوله باعيانهما انما قيد بها لتظهر ثمرة الاختلاف لانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاتفاق عندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد وعند محمد رحمه الله لهذا ولمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز **قوله** وتصير سلعة يعني الشركة لدوامها حكم الابتداء ولو كانت سلعة ابتداء لما انعقدت فكذا انتهاء **قوله** والاول اقيس اي كون ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض ولا يصلح العروض لرأس مال الشركة

فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رحمه الله تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رحمه الله لانه تعين بالتعيين بعد الخلط كما تتعين قبله ولمحمد رحمه الله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه تتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والثمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق

قوله فيهما اي في الشركة والمضاربة **قوله** الا ان الاول اصح وهو رواية الجامع الصغير ولا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة **قوله** لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا اي عند الضرب لا يصرف الى شيء آخر من صياغة القلب والخاتم ظاهرا **قوله** الا ان يجري التعامل هذا استثناء عن قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ تجوز الشركة بها قالوا المعتبر فيه التعارف ففي كل بلدة جرى فيه التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين في العقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمنا منزلة الضرب المخصوص وفي كل بلدة لم يجر التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالعروض يتعين في العقود ولا تصح الشركة به **قوله** بالاضافة الى الحالين

والفرق لمحمد رحمه الله تعالى ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذالم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء ه

قال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتاويله اذا كان قيمة متاعهما على السواء

يعني جعل المكيل والموزون في حكم الاثمان بعد الخلط لا قبله وانما جعل كذلك لان حق كل واحد منهما بعد الخلط غير متعين كالاثمان بخلاف ما قبله ه

قوله والفرق لمحمد رحمه الله تعالى ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل ومن جنسين من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته فلا يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فصار كالعروض قوله فحكم الخلط ما بيناه في كتاب القضاء اي قضاء الجامع الصغير لانه ذكر حكم الخلط في كتاب الوديعة في الهداية قوله واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وانما يبايعان على هذا الوجه احترازا عن الفساد الذي ذكر في عقد الشركة بالعروض وهواداؤه الى ربح مالم يضمن لان مال كل واحد منهما عند صاحبه في العروض غير مضمون وما استحقه احدهما من فضل ربح مال صاحبه كان ربح مالم يضمن على ما ذكر فلا يجوز واما اذا باع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه كان نصف كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز وذكر في الذخيرة ثم الحيلة في تجويز الشركة بما يتعين في العقود ان يبيع

ولوكان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة *

قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بزاوطعام اويشترك في عموم التجارات ولايذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض

كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركا بينهما شركة ملك ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة ان شاء امفاوضة وان شاء اعنانا وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقابضا ثم عقدا عليها عقد الشركة مفاوضة اوعنانا جاز ويصير العروض رأس مال الشركة والعروض بعد ما صار مشتركا بينهما يصلح رأس مال الشركة وان كان ذلك لايجوز ذكره الامام خواهر زاده رحمه الله على هذا الوجه وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله قوله في الهداية وهذه شركة ملك مشكل لان شركة الملك تحصل بمجرد بيع كل واحد منهما نصيبه ولا حاجة في ذلك الى العقد فقوله ثم عقد الشركة ينافي كونها شركة ملك الا ان يقال اراد به هي شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضا الى هذا كلامه وقوله لان هذا العقد كلا عقد ان اراد به انه لم تثبت هذه الشركة في هذا المال بالعقد فمسلم وان اراد ان هذا العقد لااثر له في المستفاد بعده فهذا ممنوع لان هذا العقد يفيد توكيل كل واحد منهما لصاحبه ببيع نصيبه ثم بالشرى بعده بثمنه *

قوله ولوكان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة بيان ذلك هو ان تكون قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة فانه يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما *

يقال عن له اى اعترض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل فى المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما فى الربح للشركة فى الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك فى الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال

قوله يقال عن له اي اعترض قال ابن السكيت كانه عن لهما شيء فاشتركا فيه او من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي لان كلا منهما جعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه اولانه يجوز ان يتفاوتا في رأس المال والربح كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة المد والارخاء ويصح التفاضل فى المال للحاجة اليه وهي ما بيناه فى التفاضل فى الربح ويصح ان يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح وذكر في فتاوى قاضيخان رح فان شرطا المساواة فى المال واشترطا لاحدهما فضل ربح ان شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعا او عمل احدهما دون الآخر فان شرطا العمل على المشروط له فضل الربح جاز ايضا وان شرطا العمل على اقلهما ربحا لا يجوز **قوله** اذ الضمان بقدر رأس المال فمتى شرط لاحدهما زيادة صار المشروط له تلك الزيادة اخذا اياها من غير ضمان وهذا لا يجوز **قوله** الربح على ما شرطا

وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لايبطل باشتراط العمل عليهما ه

قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولايصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه

والوضيعة على قدر المالين والفرق بين الربح والوضيعة ان الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون المال كما في المضاربة فبالعمل مع المال اولى اما الوضيعة فهلاك جزء من المال وكل واحد منهما امين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الامين باطل الا ترى انه لا يجوز اشتراط الوضيعة على المضارب لما قلنا كذا هنا ه

قوله وهذا العقد اي عقد شركة العنان يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك

قوله ويشبه الشركة اي شركة المفاوضة فعملنا بشبه المضاربة وانما اظهرنا شبه المضاربة في حق اباحة زيادة الربح بغير ضمان ليمكننا العمل بالشبهين فاما متى اعتبرناها مضاربة في اشتراط عملهما وابطلناها لم يتصوروا ستحقاق الربح اصلا بحكم الشركة فيتعذر العمل بالشبهين

قوله وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما و في المضاربة اذا شرط عمل رب المال بطل العقد وذلك لان المضاربة امانة وتمام الامانة يقف على التخلية بين الامين والوديعة فاذا شرط عمل رب المال لم توجد التخلية واما في الشركة فكل واحد منهما كالاجير في مال الآخر فشرط عمل رب المال معنى لايبطل العقد فان من استاجر اجيرا ليعينه على العمل كان جائزا **قوله** للوجه الذي ذكرنا وهو انه يودي الى ربح مالم يضمن ه

ويجوزان يشتركاومن جهة احدهماد نا نيرومن الاخر دراهم وكذامن احدهما دراهم بيض ومن الاخرسود وقال زفروالشافعي رحمهماالله لايجوز وهذابناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهماشرط ولايتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى *

قال وما اشتراه كل واحد منهماللشركة طولب بثمنه دون الاخرلما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هوالاصيل في الحقوق *

قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذاادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لايعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخروهوينكروالقول للمنكرمع يمينه *

قال واذاهلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقودعليه في عقدالشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لايتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهرفيما اذا هلك المالان وكذااذاهلك احدهما لانه مارضي بشركة صاحبه في ماله الاليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهروكذا اذا كان هلك في يد الاخرلانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين

قوله ويجوزان يشتركاومن جهة احدهما دنانيرومن الاخردراهم يريد اي شركة كانت مفاوضة او عنانا **قوله** فان كان لايعرف ذلك الا بقوله اي الشراء والنقد بان قال اشتريت عبدا ونقدت الثمن من مالي ومات العبد فهذا مما لا يعرف الا بقوله **قوله** بخلاف المضاربة والوكالة المفردة فان النقودلا تتعين فيهما بالتعيين وانماتتعين بالقبض وقيدالوكالة بالمفردة

وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ماشرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلايتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد رحمه الله حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشرى فلاتنتقض بهلاك المال بعد تمامها ٭

قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل مافي ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة ٭

احترازا عن الوكالة التي في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فان الوكالة فيهما تبطل ببطلان مايضمنها من الشركة والرهن ٭

قوله خلافا للحسن بن زياد رحمه الله فانها شركة ملك عنده حتى لاينعقد بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد بطلت بهلاك احد المالين فان هلك احد المالين ثم اشترى الآخر بماله ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان صرحا عند عقد الشركة ان ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما فالمشترى مشترك بينهما كما شرطا لان الشركة ان بطلت بهلاك احد المالين فالوكالة المنصوص عليها باقية فكان المشترى مشتركا

قال وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما ههنا بخلافه

بينهما بحكم الوكالة وكانت شركة ملك حتى لا يملك احدهما ان يتصرف في نصيب الاخر ورجع المشتري على صاحبه بحصته من الثمن لانه اشترى بعضه بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه وان ذكرا مجرد الشركة ولم يصرحا بالوكالة فيها فالمشترى للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال احدهما فبطل ما في ضمنها اذ لا بقاء لما ثبت ضمنا بعد فوات المتضمن بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لكونها مقصودة فلا تبطل ببطلان الشركة وذكر في بعض المواضع اذا اشترى الآخر بما له بعد ذلك يكون المشترى بينهما نصفين يريد به اذا صرحا بالوكالة عند عقد الشركة.

قوله وانه بالخلط اذ الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق بالخلط والملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة فاذا خلطا المالين على وجه لا يمكن تمييز احدهما عن الآخر فقد تحققت الشركة في المال فتنبني عليه الشركة في الربح فاما قبل الخلط لم تثبت الشركة في المال حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان هالكا عليه خاصة فلا تثبت الشركة في الربح **قوله** وهذا لان المحل هو المال يعني ان محل العقد هو المال الا ترى انه يضاف الى المال يقال شركة المال والشيء انما يضاف الى سببه او محله ولا سببية هنا فيكون محلا والمحال شروط للاسباب

قوله ولهذا يضاف اليه اي يقال عقد شركة المال

وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبرا اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلابد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا تتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل ٭

قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة نعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة ٭

قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستاجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا ٭

قوله وهذا اصل كبير لهما وهو ان الربح فرع المال ويبتني على هذا الاصل شرط اتحاد الجنس والمساواة في الربح والمال وبطل شركة التقبل والوجوه عند الشافعي رحمه الله لعدم المال **قوله** ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد يعني ان الاشتراك في الربح بالعقد لا برأس المال لان العقد يسمى عقد شركة فينبغي ان يتحقق معنى هذا الاسم فيه ولا تثبت الشركة في رأس المال لتوقف ذلك على الخلط كما بينتم فتعين ان يكون مثبتا للشركة في الربح **قوله** في المستفاد به اي بالتصرف وهو الربح بدونه اي بدون خلط رأس المال **قوله** ونظيره في المزارعة وهو ان شرط لاحدهما قفزانا مسماة فالمزارعة باطلة فكذا ما على الماذيانات والهوا في

قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استاجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله ٭

قوله لانها دون الشركة الاترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح واما اذا فسدت الشركة فالربح فيها على قدر راس المال لهما **قوله** لانه تحصيل بدون الضمان في ذمة الدافع وفي المبسوط وله ان يدفع من مال الشركة مضاربة لان له ان يستأجر من يتصرف في مال الشركة باجر مضمون في الذمة فلان يكون له ان يستاجر من يتصرف ببعض ما يحصل بعمله من غير ان يكون ذلك مضمونا في الذمة اولى لان هذا انفع لهما **قوله** لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن ويجوز اقتداء المفترض بالمفترض والمتنفل بالمتنفل فيلزم منه استتباع الشيء مثله وكذا النص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما مثلان فاولى ان يستتبع مثله قلنا استتباع المثل في المكاتب والماذون لم يكن مقصودا بل يثبت فيهما من ضرورة اطلاق الاكتساب وفتح باب التجارة اما ههنا لو قلنا تجوز الشركة لاحد الشريكين يلزم استتباع المثل مقصودا وذلك لا يجوز كما في التوكيل فانه لا يجوز للوكيل ان يوكل غيره بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول فلا ينتظمه مقصودا ولكن ينتظمه ضمنا كالوكالة الثابتة في ضمن الشركة وذكر في المبسوط هذا كله في حق الغير اي عدم جواز استتباع الشيء مثله كما في الشركة والمضاربة واما في حق نفسه فيجوز ان يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب ان يكاتب عبده وللماذون ان ياذن لعبده لانه منصرف لنفسه بفك الحجر واما اقتداء المفترض بالمفترض فيجوز

قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله ٭

قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة ٭

قال واما شركة الصنائع ويسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان هذه شركة لا يفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتني على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد

ثبت بالاجماع وبقوله عليه السلام الامام ضامن ولان صلوة المقتدي مبنية على صلوة الامام في حق الجواز والفساد بالحديث لا ان يكون صلوة الامام مستتبعة لصلوة المقتدي واما الناسخ فهو رافع صورة ولكن في الحقيقة مبين انتهاء حكم المنسوخ في ان شرعيته كانت الى هذا الوقت فلم يكن رفعا في الحقيقة فلا يرد نقضا ٭

قوله بخلاف الوكيل بالشراء لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلم يستتبع التوكيل لانه مثل الاول وهنا الشركة انعقدت للتجارة لتحصيل الربح والتوكيل بالشراء من جملة ... الربح ... بتصرفه يحصل بتصرف غيره فصار كان كل واحد منهما وكيلا ... بالشراء ... له ... فله ان يوكل غيره وانما لا يملك المشاركة وان تمكن ... بالتفاوت ... ما تبت ... تحصيل الربح **قوله** لا على

ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهوما ذكرناه لا يتفاوت ولوشرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لايجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لايأحده ربحا

وجه البدل احترازعن المقبوض على سوم الشراء والوثيقة احترازعن المقبوض بجهة الرهن *

قوله ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لزفرومالك رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهوما ذكرناه اشارة الى ما ذكر قبيله ان المقصود منه تحصيل اي تحصيل المال اما اتحاد العمل فظاهر واما اتحاد المكان فلانه لو عمل احد الشريكين في دكان والآخر في دكان آخر يجوز عندنا خلافا لهما فان قيل كيف يتصور قول زفر رحمه الله في جواز الشركة عند اتحاد العمل وقد ذكر قبل هذا قول زفر مع الشافعي رحمهما الله في اشتراط الخلط حيث قال وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال قلنا عن زفر رحمه الله روايتان في اشتراط خلط المالين ذكرهما في المبسوط ذكرا حدقوليه مع الشافعي رحمه الله والآخر مع مالك رحمه الله **قوله** ولوشرط العمل نصفين والمال اثلاثا اي المال اثلاثا مع [illegible] العمل اثلاثا جاز وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائطها لامكان تحقيق مقتضى المفاوضة في الاعمال كما في الاموال وفي التنازع من هذه الشركة يجوز شرط التفاضل في المال المستفاد بالعمل مع شرط التساوي في العمل *

لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لايجوز الا في المضاربة *

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه

قوله لان الربح عند اتحاد الجنس اي الربح لا يظهر الا عند اتحاد الجنس اي الا اذا كان الربح من جنس رأس المال ومن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير فكان بدل العمل لا الربح فلا يلزم حينئذ كونه ربح ما لم يضمن وذكر في المبسوط الفرق بينهما من وجهين احدهما ان في التقبل الشريكين باعتبار العمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح فاما في شركة الوجوه فمشتريان بثمن في ذمتهما فمع المساواة في ملك المشتري لايصح شرط التفاوت في الربح **قوله** بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق اي الربح من جنس رأس المال في شركة الوجوه لان الاصل والربح فيها من جنس المال فيظهر الربح ثم لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ذلك ربح ما لم يضمن وذلك لايكون الا في المضاربة ولكن كان جواز ذلك فيها ايضا لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب ولوقوعه في مقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا ضمان بمقابلة زيادة الربح فيلزم فيها ربح ما لم يضمن من كل وجه فلا يجوز بخلاف شركة التقبل فان الاصل فيها عمل والمستفاد منه مال فلم يتفق فلا يكون ربحا *

وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الاترى ان ماينقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فيجري مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل *

قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولامال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانها تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة

قوله وهذا ظاهر في المفاوضة اي اذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشترطا ان يكون قبول الاعمال منهما والعمل منهما والربح والوضيعة بينهما على التساوي فهي شركة المفاوضة حتى تراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهي المساواة المطلقة وان تفاوتا في شيء مما ذكرنا فهي شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان لفوات معنى المفاوضة **قوله** في ضمان العمل واقتضاء البدل وانما قيد بهما لان فيما عدا ذلك لم يجز هذا العقد مجرى المفاوضة حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون واشنان مستهلك اواجرا جير اواجرة ثبت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة كذا في الايضاح **قوله** وانها تصح مفاوضة فالمفاوضة منها ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة واما العنان منها فهوان يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشترى بينهما وينبغي ان يشترطا الربح بينهما على قدر الضمان وان اشترطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما كذا في شرح الطحاوي رحمه الله

في الابدال واذا اطلقت تكون علىاذن مطلقة ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل *

قال وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لايجوز الا بالوكالة اوالولاية ولا ولاية فتعين الوكالة فان شرطا ان المشتري بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشتري بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لايستحق الا بالمال اوبالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الاترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة وشركة الوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله في الابدال اي في الثمن والمثمن قوله لان مطلقه ينصرف اليه اي الى العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما اذا اشترى بدراهم مطلقة قوله وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال اوبالعمل او بالضمان فان قيل يجوز ان يكون زيادة الربح لاحدهما بالزيادة اشتداد انه وعمله كما في شركة العنان قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح على زيادة الهداية والعمل في مال معلوم كما في شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا قوله بالنصف قيد اتفاقي فانه يجوز ان يلقي بالثلث من النصف او اكثر قوله بالضمان اي بطالب الاستاد بتحصيل ذلك العمل فضمونا على الاستاد قوله والوجوه ليست في معناها

فصل فى الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهوله دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح

اي شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لان في شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل واما المال فليس بمضمون على المضارب وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال بخلاف العنان لانه في معنى المضاربة من حيث ان كل واحد من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فجاز اشتراط زيادة الربح في العنان كما جاز فى المضاربة والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل فى الشركة الفاسدة

قوله وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال والبراري من الجوز والفستق وغيرهما فان عملا ذلك وخلطاه ثم باعاه قسم الثمن على كيل ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا او وزنه ان كان وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما اصابه والثمن فى البيع انما يقسم على مالية المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعرف بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك وان لم يكن كيليا او وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة وان لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما الى النصف لانهما استويا فى الاكتساب وقد كان المكتسب في ايديهما فكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعي ما كان في يده والظاهر يشهد له في دعواه فيقبل

والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر ‌.

قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف ما يشهد الظاهر له وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من ارض لا يملكانها او الجص او الملح او الكحل او ما اشبه ذلك كذا في المبسوط ‌.

قوله والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه قيل ان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يمكن تحققه ههنا فلم تثبت الشركة كذا في الايضاح فان قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد غير معين فانه يجوز مع ان الوكيل كان يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده فعلم بهذا انه لا يشترط لصحة التوكيل ان لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل قلنا لا يشكل لما ان التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب لوجهين احدهما ان في العبد المعين لا يملك الوكيل ان يشتريه لنفسه بعد التوكيل وان كان يملكه قبله والتوكيل بالاحتطاب في الحطب المعين وغير المعين سواء في انه لا يصح لوقوع التوكيل في امر مباح لهما والثاني ان بالتوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله ولم يكن الوكيل قادرا هناك على الزام الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل فصح ما قلنا ان التوكيل انما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل وعلل شمس الايمة رحمه الله في المبسوط فقال لان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب فحينئذ كان كل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه

فللمعين اجر مثله بالغا مابلغ عند محمد رحمه الله تعالى وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى لا يجاوزبه نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه *

قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال

او يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه لنصف مايكتسب بنصف مايكتسب صاحبه وهذا مفاوضة في المجهول فلا يكون صحيحة *

قوله فللمعين اجر مثله بالغا مابلغ عند محمد رحمة الله تعالى عليه وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه لا يجاوزبه نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى فيعتبر رضاه في اسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك الا ترى انه لو استاجرحمالا ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقفيزمنها فحملها كان له اجر مثله لا يجاوزبه ما سمي ولمحمد رحمه الله ان المسمى مجهول الجنس والقدر لانه لايدري اي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئا ام لا والرضاء بالمجهول لايصح واذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله اجر مثله بالغا مابلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا استحق اجر مثله بالغا مابلغ فاذا اصابا شيئا اولى بخلاف حمل الحنطة فان القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه في المعلوم فلهذا لايجاوز به المسمى وتقديم قوله

ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الربح تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت صاحبه اولم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي والله تعالى اعلم بالصواب *

محمد رحمة الله تعالى عليه على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه يدل على ان المختار قول محمد رحمة الله تعالى عليه * الراوية المزادة من ثلثة جلود واصلها بعير السقاء لانه يروي الماء اي يحمله *

قوله ويبطل شرط التفاضل لان العقد صار مستحق النقض وفي ابقاء شرط شرط في العقد تقرير له وهو واجب الدفع لا واجب التقرير **قوله** لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ذكره في باب احكام المرتدين **قوله** لانه عزل حكمي فلا يشترط علمه لثبوته ضمنا للغير كما اذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل ينعزل الوكيل علم اولم يعلم والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل

وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الاخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم او لا ولابي حنيفة رحمه الله انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر

فصل

قوله وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه او لا وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف في الوكيل باداء الزكوة وكذا الخلاف فيما لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر ثم كفر المأمور وهو لا يعلم ضمن عنده خلافا لهما وكذا الخلاف في الوكيل يعتق العبد عن الظهار اذا اعتقه بعد ما كفر الموكل بنفسه او بعد ما عمي العبد عند ابي حنيفة رحمه الله لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ سواء علم بتكفير الموكل او لم يعلم على ما ذكرناه في الزيادات **قوله** اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما

وهذا المقصود حصل باداثه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم اولم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار ❊

قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة

نصيب صاحبه اي عند ابي حنيفة رحمه الله علم اولم يعلم فان قيل اذا اديا معا ينبغي ان لايجب الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله لعدم سبق اداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفلا قلنا اداء الموكل بنفسه ان لم يسبقه تحقيقا سبقه اعتبارا وتقديرا لان تصرف الموكل على نفسه اقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقا بمعنى كالوكيل بالبيع مع الموكل اذا باعا وخرج الكلامان معا نفذ بيع الموكل دون الوكيل ❊

قوله وهذا المقصود حصل باداثه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم اولم يعلم لانه عزل حكمي فان قيل يشكل بما اذا امر المديون الآخر بقضاء الدين من مال المديون فقبل ان يقضي المامور قضاه المديون بنفسه ثم قضاه المامور ان علم يصير ضامنا وان لم يعلم لا يصير ضامنا قلنا الدين يبقى دينا بعد القضاء لان القضاء انما يكون للمديون على الطالب دين الا ترى ان الطالب اذا ابرأ المديون من الدين بعد قضاء الدين يصح وللمديون ان يطالبه بما اداه اليه

اذهما لايملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غيران الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لايحل الابالملك ولاوجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق

الطالب فاذا كان الدين باقيا امكن القول بوقوع ماادى المأمور قضاء عن الدين فيتحقق الامتثال اذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضمونا على القابض وقد تحقق هنا ذلك فلا يضمن اذا لم يعلم فاما اذا علم يصير ضامنا لانه مامور بقضاء الدين على وجه يسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لان المطالبة سقطت بقضاء الامر وان لم يسقط الدين فلم يكن مؤتمرا فيصير ضامنا بخلاف الزكوة فانها لا تبقى بعداداء الامر فلا يمكن القول بوقوع ماادى الوكيل زكوة فيصير ضامنا علم اولم يعلم.

قوله اذهما لايملكان تغييره اي هما لا يملكان تغيير مقتضاها مع بقائها بدليل انهما لو شرطا التفاوت في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة فاشبه حال عدم الاذن اذ الاذن انما يعتبر فيما لا يثبت بدونه وشراء احدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فيثبت ان اعتبار اذنه في انفراد المشتري بتملك الجارية وهذا التملك ثبت في ضمن الاذن بالوطي اذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحل له وطئها الا بعد تمليك الآذن نصيبه منه بطريق الهبة فاقتضى الاذن بالوطي بلا ذكر عوض شرطه التمليك منه وهو الهبة وهي جائزة في الشائع فيما لا يقسم فكان الآذن قال له اشتر هذه الامة على الشركة

لا نه د ين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصاركالطعام والكسوة والله تعالى اعلم بالصواب •

ثم تملك نصيبي بالهبة فاذا اشترى وقبض تمت الهبة كما لواشتراها ثم وهب احدهما نصيبه من صاحبه فانها يصيرله ويحل له وطئها والثمن عليهما بخلاف الطعام والكسوة لان ذا مستثنى من قضية الشركة بحكم الضرورة اذ الحاجة الى الطعام والكسوة اصلية لازمة والتخصيص بالهبة باطل لانه منقسم فيقع الملك فى المشترى للمشتري على الخصوص بنفس الشراء فيكون الثمن عليه على الخصوص والحاجة الى الوطئ غيرمعلومة الوقوع في هذه الشركة فلم يثبت الاستثناء حال الوقوع لعدمها فى الحال والوقوع بعد ذلك محتمل فلم يثبت الاستثناء بالشك والله تعالى اعلم بالصواب •

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده

كتاب الوقف

هو في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم لانه قضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ او يعلقه بموته والصحيح ان في تعليقه بالموت لا يزول ملكه الا انه يلزم بالاجماع ولكن عنده يكون رقبتها ملكا لورثته اوله وعندهما لا يكون ملكا لاحد كما في الاعتاق والمسجد وكذلك اذا قال ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة حال حيوتي وبعد مماتي او يقول ارضي هذه صدقة محرمة مؤبدة حال حيوتي وبعد مماتي او يقول حبس مؤبد الى آخره نفي هذه الالفاظ يصير لازما بالاتفاق

بو المنقول في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي ع م لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا تباع ولا تورث ولا توهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى

قوله وهو المنقول في الاصل اي في المبسوط قال في المبسوط فاما ابو حنيفة رحمه الله فكان لا يجيز ذلك ثم قال ومراده انه لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده **قوله** واللفظ ينتظمهما اي لفظ الوقف والتصدق يتناول ما قاله ابو حنيفة رحمه الله وهو قوله ان الوقف حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء او على وجه من وجوه الخير بمنزلة العواري ويتناول ايضا ما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى ولما كان كذلك لم يكن ترجيح احد المذهبين بلفظ الوقف اذ يتناولهما على السواء فلا بد من ترجيح احد المذهبين على الآخر بدليل آخر ثم ابتدأ ببيان دليلهما لهما قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه كانت له ارض تدعى ثمغ بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم وبالغين المعجمة فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس افاتصدق به فقال عليه السلام تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالى وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف او يؤكل صديقا له غير متمول عنه وهذه الارض سهم عمر رضي الله تعالى عنه بخيبر حين قسم رسول الله خيبر بين اصحابه وثمغ لقب لها وقد كانت لا ملاك لهم القاب حتى كانت

اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام يبيع الحبيس

لرسول الله عم ناقة يقال لها غضباء وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال لها السكب وحمار يقال
له يعفور وعمامة يسمى السحابة في هذا دليل على ان من قصد التقرب الى الله تعالى
ينبغي ان يختار لذلك انفس امواله واطيبها وكذا وقف رسول الله عم حوائط واوقاف
ابراهيم عم ناقة اليوم وكذا اوقاف الصحابة رض بمكة والمدينة ولان الانسان يحتاج الى صدقة
دائمة على وجه لا يرد عليه النقض وذا في لزومه وقيل الفتوى على قولهما ٭
قوله اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فقالا اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج
الملك المنفعة عن ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولكنها تصير محبوسة لنوع
قربة قصدها فكذلك في الوقف وله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى
اي لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين الورثة وفرائض الله تعالى انصباء
الورثة كما قال الله تعالى فريضة من الله قال الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده
رحمه الله تعالى والامام البزدوي رحمه الله الاستدلال بهذا الحديث ليس بقوي
لانه انما يستقيم هذا اذا كان حق الورثة تعلق بماله فاما اذا كان قبل التعلق فليس كذلك
الا ترى انه لو تصدق في صحته صدقة منفذة او وهب فانه لا يجري فيه الارث ولم يكن
ذات حبس عن ذلك الان يقال ملكه لم يزل عن الموقوف بدليل انه يعتبر شرائطه في صرف
الغلة ولو زال ملكه عن الرقبة لما اعتبر شرطه في التي هي تابعة للرقبة والرقبة فلم يزل
عن ملكه فعلى هذا يكون حبسا عن فرائض الله تعالى وذكر في المبسوط قال ابن مسعود
وابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا
الاثر على ما كان اهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي وبقولـ .

ولان الملک باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملک فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالک لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملک الواقف

الشرع قد ابطل ذلك كله استشهاد بقول النكرة في موضع النفي يعم ... كل ... يكون محبوسا عن الميراث الا ما ... دليل ... شريح رحمه الله جاء محمد ... فهذا بيان ان لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان ... الاستدلال بقول شريح رحمه الله ان هذا الابطال الا طريق ... السائبة هي الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا ... ومرض ... ساقتي سائبة ... كالبحيرة في ... الانتفاع ... بمنزلة ... اهل ... انه لا يخرج ... ثم ... ملكه ... ولهذا ... على الناس من ... الناس ... بحكم على الناس اذا ... على ... الا ... على ما قال ... ولان الملک ... الدليل ...

الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولي فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف رحمه الله تعالى [illegible] وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رحمه الله تعالى لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء

زراعة وسكنى وغير ذلك [illegible] بالملوكات وما للعباد فيه نفع لا يصلح للمدة الى الان [illegible] مالله تعالى يجب ان يكون بوصف الحارس كالمسجد للصلاة لله تعالى لا ينتفع بشيء من منافع الملك وان كان يصلح لها واذا ظهر ان الملك فيه باق يجب ان يبقى عليه [illegible] لكنه ضرورة ولهذا يقي دابة وتدبيره بعده في ترتيب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرائطه ولو خرج عن ملكه [illegible] شرطه في الغلة كالواعتق عبده بشرط ان يصرف غلة الى كذا او جعل ارضه [illegible] او [illegible] فلان دون فلان [illegible] وهما محمول على الوقف المضاف الى ما [illegible] [illegible] الا ان [illegible] الحاكم وصورة حكم الحاكم ما ذكر في فتاوى قاضيخان [illegible] [illegible] ان [illegible] الى المتولي ثم اراد ان يرجع عنه فنازعه [illegible] فيختصمان الى القاضي [illegible] الحاكم المزوم فان حكم [illegible] [illegible] الوقف [illegible] ان يحكم الحاكم لا [illegible] الخلاف [illegible] قوله [illegible] [illegible]

لا يتحقق مقصود او قد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة *

قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ و اذا استحق مكان قوله واذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره *

فوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين *

قوله لا يتحقق مقصود او انما يتحقق ضمنا كما في الزكوة تكون ملكا لله تعالى بواسطة كون المال ملكا للفقير وهنا ايضا يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولي قوله واذا صح الوقف على اختلافهم خرج من ملك الواقف و لم يدخل في ملك الموقوف عليه ذكر بعد هذا ان قوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره فعلى هذا يكون صح بمعنى ثبت لا بمعنى لزم لان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا لزم بحكم الحاكم يخرج من ملك الواقف فلا يبقى للتخصيص بقولهما فائدة اما اذا جعل صح بمعنى لزم اي بحكم الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى او بتعليقه بالموت بمجرد القول عند ابي يوسف رحمه الله تعالى وبالتسليم الى المتولي عند محمد رحمهما الله تعالى والى هذا اشار بقوله على اختلافهم خرج من ملك الواقف بالاجماع ويدل عليه قوله في اول الكتاب قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته بقي هنا اشكال و هو ان في تعليقه بموته يلزم ولا يزول ملك الواقف قلنا زال عن الوقف بعد اللزوم ملكه الذي كان قبله اذ الملك هو المطلق الحاجز و لم يبق

قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رح لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة *

ذلك ولكنه في حكم ملكه لضرورة ان يصل اليه ثواب الغلة دائما فعلى هذا يزول الملك بالاجماع ولا يحتاج الى التخصيص بقولهما و قوله على اختلا فهم لا يلايم التخصيص *

قوله والصدقة المنفذة اي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهي المملوكة احترزيه عن الصدقة الموقوفة وهي التي نحن فيها فان الوقف صدقة ايضا لكن ليست بخاصة لعدم التمليك من الفقراء ويحتمل ان يحترز بالمنفذة عن الصدقة الموصى بها فانها تجوز في الشائع **قوله** الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رحمه الله **قوله** فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع

ركد

قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه اذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم

صغيرلا يصلح لما اراده الواقف وحاصل ذلك ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لايحتمل القسمة لايجوز اصلا لاقبل القسمة وهو حال كونه مشاعا لانه يمنع الخلوص ولا بعد القسمة لانه لايصلح لما اريد به من اتخاذ المسجد والمقبرة لصغره لان الكلام فيه فلا يكون مسجدا ولا مقبرة واما الوقف في الشائع الذي لاتحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق اما عند ابي يوسف رحمه الله فالشيوع غيرمانع اصلا واما عند محمد رحمه الله فيجوز فيما لا تحتمل القسمة لصلاحه لما اراده الواقف فان الانتفاع بالشائع ممكن اما بطريق المهاياة او بطريق الاستغلال وقسمة الغلة واما المسجد والمقبرة في مثل هذا الموضع يؤدي الى امر قبيح بان تقبر الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف وعلى هذا الصدقة المملوكة والهبة يعني لو استحق جزء شائع من الهبة والصدقة المملوكة تبطل الهبة والصدقة لانه بالاستحقاق تبين ان الهبة لاقت الشائع وفي استحقاق المعين لا يبطل لانعدام الشيوع كما في الوقف ه

قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يجعل آخره بجهة لاتنقطع ابدا يعني الى الفقراء فانهم لاينقطعون وهذا التفريع من ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه على قول من يرى لزومه كما في المزارعة بدليل انه قال في التعليل لهما ان موجب الوقف زوال الملك والملك لا يزول عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ه

لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لايتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلاله كالتوقيت في البيع ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رحمه الله لايشترط ذكر التابيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة اوبالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لاينصرف الى التابيد فلابد من التنصيص ٭

قوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ليس هذا مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولكن هذا مذهبهما فيكون هذا تعليل محمد رحمه الله تعالى عليه على اصلهما فيكون حجة على ابي يوسف رحمه الله قوله وعند محمد رحمه الله ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة اوبالغلة ليس هذا قول محمد رحمه الله وانما هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان حكم الوقف عنده حبس العين على ملكه والتصدق بالثمرة المعدومة وعندهما زوال العين الى الله تعالى فيصير محبوسا في ملك الله تعالى على ان تصل منفعته الى العباد فيكون التصدق بالمنفعة ثابتا في ضمن ازالة العين الى الله تعالى ولعل مراد محمد رحمه الله تعالى في قوله هذا صدقة بالمنفعة اوبالغلة انه اخراج الملك الى الله تعالى على وجه يكون تصدقا بالمنفعة والغلة فالحاصل ان ابا يوسف رحمه الله ضيق اولا كل التضييق كما قال ابو حنيفة رحمه الله ثم رجع الى ... ووسع كل التوسع ومحمد رحمه الله توسط بينهما فلهذا افتى عامة المشايخ بقول محمد رحمه الله

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ولا يجوز وقف ماينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ماهو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لايثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رحمه الله يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رحمه الله معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لايجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا وافرساله في سبيل الله تعالى وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد رحمه الله انه يجوز وقف مافيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمة الله تعالى عليه يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه

قوله ولا يجوز وقف ماينقل اي من مكان الى مكان ويحول اي يغير من هيئة الى هيئة اوهما مترادفان **قوله** وهذا على الارسال اي الاطلاق سواء كان بطريق التبعية اوالقصد **قوله** والقياس ان لا يجوز لمابينا من قبل ان التابيد شرط فيه والتابيد لايتحقق في المنقول

وقف كتب الله الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه الله وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما *

قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا

قوله وقف كتب الله الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله اختلف المشايخ في وقف الكتب جوزه الفقيه ابو الليث رحمه الله وعليه الفتوى **قوله** مع بقاء اصله احترازعن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يتمكن بهما مع بقاء اصله في ملكه **قوله** ويجوز بيعه احترازعن ام الولد فانه لا يجوز وقفها **قوله** ولا معارض من حيث السمع والقياس في المنقول ان لا يصح وقفه لان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد من التأبيد الا ان السمع عارض القياس في البعض كما في الكراع والسلاح حيث ورد الآثار المشهورة وفي البعض عارض القياس التعامل كما في الفأس والمر والقدوم والقدور والمراجل فبقي الباقي كالثياب والبسط وكالعبيد والاماء قصدا على القياس اذ لا معارض فيها من حيث السمع والتعامل **قوله** الا ان يكون مشاعا

ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء *

قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف اولم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها

الغالب جهة المبادلة في القسمة اذا كانت في غير المثليات فيكون في معنى البيع فيصح الاستثناء من قوله لم يجز بيعه *

قوله ولو كان في القسمة فضل دراهم اعلم ان ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا بتراضيهم او وقعت الضرورة في ادخالها بان وقع البناء في احد النصيبين او كان احد النصيبين اجود فحينئذ يجوز ان تعطى الدراهم من وقع البناء في نصيبه اووقع نصيبه اجود فيما روي عن ابي حنيفة رحمه الله على ما يجيء في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى

قوله ان اعطى الواقف لا يجوز اي ان اعطى المشتري الواقف لا يجوز لان المشتري يأخذ بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف فيصير الواقف بائعا للوقف في ذلك القدر فلا يجوز واما اذا اعطى الواقف فضل الدراهم المشتري جاز لان الواقف حينئذ يصير مشتريا شيئا بمقابلة الدراهم وواقفا لذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز **قوله** لان الخراج بالضمان هذا في الاصل لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ومعناه الغرم بازاء الغنم من تولى عارا تولى نارها ولهذا جرى لفظ الحديث مجرى المثل واستعمل في مضرة بمقابلة

ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموا لهم هذه الغلة تيجب فيها ولوكان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله اي ماله شاء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة له والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولوكان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك

منفعة ثم المراد من الخراج ما يخرج من النفع من ملك انسان كغلة الارض والغلام والمراد من الضمان المؤنة اي كل من كان له منفعة شيء كان عليه مضرته فكان معنى قوله الخراج بالضمان منفعة الغلة لك بسبب ان ضمنته وقيل معناه ان يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فانه يرده والغلة له لانه لومات كان في ضمانه ولاجل هذا الخبر نقض عمر بن عبد العزيز قضاه حين قضى بالغلة للبائع *

قوله وعند الآخرين يجوز ذلك اعتبروا بما اذا كان الارض الموقوفة على الفقراء متصلة ببيوت المصر يرغب في استيجار بيوتها ويكون غلة ذلك فوق غلة الارض كان للقيم ان يبني بيوتا ويواجرها لان الاستغلال بهذا الوجه يكون انفع للفقراء ومنهم من قال ليس للقيم صرف الغلة الى زيادة العمارة ولهذا ليس له ان يشتري بالغلة دارا اخرى ليضمها الزيادة الى الوقف واما تلك المسئلة فبناء البيوت ليس من باب الزيادة وانما ذلك تبديل جهة الاستغلال بجهة هي خير من الاول فالمستغل واحد والجهتان فيه مختلفتان والثانية خير من الاولى فكان ذلك بمنزلة العمارة لا بمنزلة الزيادة كذا في وقف هلال رحمة الله تعالى عليه

والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولاضرورة في الزيادة • قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على مامر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك اوكان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى صاحب السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لولم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك •

قوله والاول اصح وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لازائدا على الاول قوله والاول اولى وهو اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى لان فيه رعاية الحقين والثاني ترك العمارة لان فيه فوت الحقين قوله ولا يكون امتناعه رضى منه هذا جواب من يقول انه لما امتنع عن العمارة فقد رضي ببطلان حقه فلا تجب رعاية حقه فاذا عمرها القاضي ينبغي ان لا يرد عليه فاجاب رح بان الرضاء في حيز التردد لاحتمال انه انما امتنع اعتمادا على ان القاضي اذا عمرها يردها عليه اولان الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال قوله لانه غير مالك والاجارة تمليك المنافع بعوض والتمليك لا يتحقق من غير المالك فان قيل المستأجر لا يملك الدار ومع ذلك كان له ان يواجرها من آخر للسكنى وكذلك في كل عمل لا يختلف باختلاف المستعمل قلنا هناك ملك المستاجر المنفعة وههنا ابيحت المنفعة للموقوف عليه ليكون ثواب اباحة المنفعة راجعا الى الواقف حتى لم يقم ههنا عين الوقف مقام المنفعة في ابتداء الوقف لانه لا يلزم تمليك المنافع المعدومة بخلاف الاجارة حيث اقيمت الدار مقام

قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله فلا يصرف اليهم غير حقهم ٭

قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف رحمه الله ولا يجوز على قياس قول محمد رح وهو قول هلال الرائي رح وبه قال الشافعي رحمه الله وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ماداموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين

المنفعة وقت الاجارة لئلا يلزم تمليك المنافع المعدومة فلما ملكها في الاجارة ملك ايضا تمليكها من غيره ٭

قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته اي آلة البناء كالخشب وغير ذلك النقض بضم النون البناء المنقوض والجمع نقوض وعن الغوري النقض بالكسر لا غير كذا في المغرب وفي الصحاح ذكره بالكسر لا غير **قوله** واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز اما الاول وهو جعل الغلة لنفسه جائز عند ابي يوسف رح وعليه مشايخ بلخ وذكر الصدر الشهيد ان الفتوى على قول ابي يوسف رحمه الله ترغيبا للناس في الوقف **قوله** ولا يجوز على

فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق

قياس قول محمد رحمة الله تعالى عليه لان التسليم الى المتولي عنده شرط وقد عدم ههنا وقال الفقيه ابو جعفر رحمة الله تعالى عليه وليس في هذا عن محمد رحمة الله تعالى عليه رواية ظاهرة الاشيء ذكره في كتاب الوقف اذا وقف على امهات اولاده جاز قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى الوقف على امهات اولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد في حال حيوة المولى يكون للمولى وقوله وهو قول هلال الرازي هكذا وقع في بعض نسخ الفقه بالزاي وذكر في المغرب وهلال الراي بن يحيى البصري صاحب الوقف والرازي تحريف وقيل الخلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز فعند محمد رحمه الله التسليم شرط لخروج العين عن ملكه الى الله تعالى وينقطع اختصاصه به وشرط الغلة ينافي ذلك *

قوله فقد قيل يجوز بالاتفاق وهذا على اصل ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ظاهر فان عنده لو شرط بعض الغلة او كلها لنفسه في حيوته جاز فلامهات اولاده اولى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات اولاده في حيوته بمنزلة الاشتراط لنفسه [illegible] يجوز ذلك استحسانا للعرف ولانه [illegible] تصحيح هذا الشرط [illegible] لانهن [illegible] [illegible] كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حيوته ايضا تبعا لما بعد [illegible] [illegible] ابي حنيفة رحمه الله في اصل الوقف اذا قال في حيوتي وبعد مماتي [illegible] **قوله** لان الوقف تبرع على وجه التمليك اي التمليك من الله تعالى بالطريق

(كتاب الوقف)

فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها الصدقة الموقوفة ولا يحل منها الاكل الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رحمة الله عليه وعند محمد رحمة الله تعالى عليه الوقف باطل

الذي قدمناه اشارة الى قوله لا بد من التسليم الى المتولي لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره ٭

قوله فصار كالصدقة المنفذة اي سلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه من ملكه فان الصدقة بهذا الشرط لا يجوز **قوله** وشرط بالجر بان جعل بعض المسجد لنفسه فهو مانع للجواز في الكل **قوله** فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه [illegible] في العبد والحشيش وسائر المباحات واذا شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك صح الوقف والشرط عند ابي يوسف [illegible] [illegible] [illegible] استحسانا [illegible] ما يكون خيرا من الاول او [illegible] فكان تقريرا لا ابطالا وعند محمد رحمه الله [illegible] الشرط باطل والوقف جائز

وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم تبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية

لان هذا الشرط لايؤثر في المنع من زوال الملك والوقف يتم به فيبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيبطل كما في المسجد اذا شرط الاستبدال اوشرط ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح كذا هنا ٠

قوله وهذا بناء على ماذكرنا اشارة الى انه يجوز ان يجعل الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذا يجوز ان يشترط الخيار لنفسه ثلثة ايام ليروي فيه وعند محمد وهلال رحمهما الله تعالى الوقف باطل لان تمام الوقف على مذهب محمد رحمة الله تعالى عليه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ولهذا لايتم القبض في الصرف والسلم مع شرط الخيار ولان تمام الوقف بتمام الرضاء ومع شرط الخيار لايتم الرضاء فيبطل الوقف كالاكراه على الوقف ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمة الله تعالى عليه لم ينقلب جائزا بابطال الخيار بعد ذلك **قوله** واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وهو قول هلال رحمة الله تعالى عليه اي فقد نص في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في الكتاب بقوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه اوجعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله وذكر في المحيط واذا وقف الرجل ارضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالوقف جائز والولاية للواقف كذا ذكره هلال والخصاف رحمهما الله **قوله** وذكر هلال قال

من جهته بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقربُ الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس لسلطان ولا لقاض ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل والله تعالى اعلم بالصواب ٭

اقول ام اي بعض المشايخ رحمهم الله ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت الولاية له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله تعالى الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله تعالى لان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية الا اذا شرطها عند الاخراج عن ملكه الا ترى انه لو شرطها لغيره يثبت لغيره فاذا شرطها لنفسه اولى ان يثبت له لان هذا الشرط ابقاء للولاية الثابتة له معنى وذكر محمد رحمه الله تعالى في السير اذا وقف ضيعته واخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم وذكر في فتاوى قاضيخان رحمة الله تعالى عليه ولو قال ارضي هذه موقوفة ان شئت او احببت كان باطلا في قولهم لان هذا تعليق وتعليق الوقف بالشرط باطل في قولهم ولو قال ارضي هذه صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت كان الوقف باطلا لما قلنا انه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء وقف والله تعالى اعلم بالصواب ٭

ركز

فصل

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة رحمه الله عن ملكه اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لابد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيها ولانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بالصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وكذا عن محمد رحمه الله لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد رحمه الله انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد بني لذلك في الغالب وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل ه

فصل

قوله فلانه لا يخلص لله تعالى الا به ولا بد ان يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله اي مخلصة لله ولا يخلص لله تعالى الا به **قوله** ويشترط تسليم نوعه اي تسليم يليق بنوع هذه القربة ويشترط في كل نوع تسليم ما يليق به وهو في المسجد بالصلوة فيشترط ادناه وهذا لان المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بصلوة الواحد والواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم ولهذا جعل امان الواحد من المسلمين كامان الكل وعن محمد رح يشترط الصلوة بالجماعة وكذا عن ابي حنيفة رح ويشترط مع ذلك ان تكون الصلوة باذان واقامة جهرا لا سرا حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا جهرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان جعل للمسجد مؤذنا واماما وهو رجل واحد فاذن

قال ومن جعل مسجد اتحته سرداب اوفوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله من ملكه فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن رح عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف رحمه الله انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رحمه الله انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا ‌ه

قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رحمه الله انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكره

واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان اداء صلوته على هذا الوصف كالجماعة الا ترى ان اصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا مؤذن مسجد اذا اذن واقام وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك ان يصلي بالجماعة في ذلك المسجد وبقبض المتولي هل يصير مسجدا من غير ان يصلي فيه فقد اختلف فيه ‌ه

قوله وروى الحسن رحمه الله تعالى عنه اي عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه قوله وعلى ظهره اي على سطحه قوله اجاز ذلك كله لما قلنا اي لضيق المنازل

قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تحرز عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد او حشيشه اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف رحمه الله هذه المسئلة مبنية على ان ابا يوسف رحمه الله لا يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه ليصير مسجدا فكذا في الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا وعند محمد رحمه الله يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه بالجماعة يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف رحمه الله يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر ابو يوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجد محمد رحمه الله يعني لما قال يعوده ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه وقيل هي من زمع الفرقة الجهلة المفترية على الله تعالى استخرجوا من اختلافهم الناشئ عن الاجتهاد الصحيح اباطيل مختلقة عليهم ليخدعوا من شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم في بعض ويأبى الله الا ان يتم نوره فمحمد رحمه الله يقول انه جعل هذا الجزء مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدي ثم زال الاحصار فادرك

قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا الخلاف البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى

---

(١) ... كان الذي يصنع به ما شاء وكذلك لو كفن ميتا ثم افترسه السبع عاد الكفن الى ملكه (٢) صاحبه ... اذا علق قنديلا او بسط حصيرا في المسجد ثم خرب المسجد وابو يوسف رحمه الله يقول بلى زال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة لانه ما جعله

ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان فى الغلة يحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء

مسجدا ليصلي فيه اهل المحلة لاغير وانما جعل مسجدا ليصلي فيه العامة لان للعامة حق اقامة الصلوة في المسجد واستدل ابو يوسف رحمه الله بالكعبة فان زمان الفترة قدكان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك سائر المساجد واما هدي الاحصار فهو لم يزل عن ملكه قبل الذبح وكلامنا فيما اذا زال عن ملكه وكذلك الكفن ليس بازالة العين عن ملكه بل هو تبرع بالمنفعة لحاجة الميت فكان بمنزلة العارية حالة الحبوة وقد وقع الاستغناء للمستعير فيعود الى المعير واما الحصير فالصحيح من مذهب ابي يوسف رحمه الله انه لايعود الى ملك متخذه بخراب المسجد بل يحول الى مسجد آخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد لان الخلق عيال الله تعالى فمن كان انفع لعياله كان احب اليه فلذلك اتخذت السقايات قربة والقربة ما يتقرب به الى الله تعالى والخان الموضع الذي يكون فى المفاوز في طريق البلاد لينزل فيه ابناء السبيل وقوله يسكنه بنو السبيل تفسير له كقوله تعالى شرذمة قليلون ويقال رابط الجيش اي اقام في الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا ومنه اصبروا وصابروا ورابطوا اي اقيموا على جهاد عدوكم بالحرب وقوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون جمع ربط بمعنى مربوط والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار والثغر موضع المخافة من فروج البلدان.

قوله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا هذه رواية

ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله تعالى اعلم بالصواب ٭

وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا كله لصاحبه ان يرجع ويبطل ما صنع من الصدقة والمقبرة والخان والسقاية وغيرها ويبيعها وان مات كان ميراثا عنه الا ان يحكم بها حاكم والفتوى في ذلك كله على قولهما للبلوى والتعارف وعليه اجماع الامة الا ترى انه بقي آثار الماضين في هذه الوجوه وكفى بالاجماع حجة والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب ٭

الحمدلله العلي العظيم والصلوة على رسوله الكريم
على اتمام المجلد الثاني من ١٧ / ٢ / ٢٠ ه شرحها الكفاية